

## **Quelques préalables :**

### **- On doit respecter l'ordre et la discipline :**

Cela n'est pas en contradiction avec la liberté car il n'y a pas de liberté sans ordre. L'ordre permet aux libertés de s'épanouir. L'ordre crée une paix civile nécessaire. Chaque jour on doit lutter contre notre propre désordre. La discipline est une école de conduite pour respecter les autres et soi même. Il ne faut aucune impunité ou zone de non droit c'est le seul moyen d'arriver à la liberté. **La liberté ce n'est pas la liberté de tout faire.**

### **- On doit avoir un esprit d'ouverture :**

La matière que nous allons étudier nous confronte à la diversité des points de vue. Quand on étudie le régime juridique de ces droits et libertés on constate qu'on ne peut comprendre qu'en se rattachant à une conception.

Les droits et libertés sont le produit d'histoires. Chacun va vivre une conception particulière, il faut tenir compte des spécificités, des communautés (le monde est ainsi fait) on va être confronté à l'autre, l'étranger.

Dans le cours il n'y a pas de place pour le sectarisme. On ne peut pas permettre au nom des libertés de tout dire, il y a des sanctions juridiques insuffisamment utilisées, on ne peut comprendre les problèmes qu'en écoutant d'autres paroles, d'autres identités il faut connaître l'autre c'est un élément de pacification sociale.

Ce cours va nous permettre de nous confronter à d'autres approches. Ce n'est pas parce que les droits de l'Homme ont été inventés en Occident que nous sommes parfaits dans ce domaine. Il faut apprendre à connaître les différentes religions et cultures. Anecdote de **Théodore Monot** « Chacun gravit la même montagne mais par des chemins différents ».

Le pluralisme des points de vue est important mais il ne faut pas perdre de vue l'unité, il ne faut pas tomber dans le relativisme absolu qui consiste à dire tout se vaut. La valeur universelle numéro1 est le respect de la personne. Seule la personne importe. L'Etat n'est qu'une abstraction de la population. Il n'y aura pas de nationalisme dans le cours.

### **- Un cours de droits des libertés est très soumis à l'actualité :**

Il faut de la modération mais aussi exprimer des convictions fondées et que tout le monde n'est pas obligé de partager. Quand le choix est donné entre Etat de Droit et démocratie il vaut mieux choisir l'Etat de Droit comme l'ont dit Thomas d'Acquin au XIII et Tocqueville ou Stewart Mills au XIX.

## **Prolégomènes :**

## **Paragraphe I : L'intérêt de l'étude des droits et libertés fondamentaux :**

Cette discipline est autonome depuis peu de temps par rapport à d'autres comme le droit civil. Avant on parlait des libertés publiques. Ce cours est apparu en 1954 dans les facultés de droit, il n'est devenu obligatoire qu'en 1962 et son appellation actuelle date de 1993.

Cette matière a acquis un intérêt majeur au même titre que le droit constitutionnel, en effet elle rassemble au sein d'une même discipline des éléments qui auparavant étaient éparpillés dans tous les autres cours (ex : les libertés étaient évoqués sous différents aspects dans tous les autres cours : civil, pénal administratif...). Les éléments qui composent cette matière sont tellement importants qu'ils sont allés jusqu'à faire évoluer des systèmes politiques. On constate aujourd'hui l'apparition dans de nombreux pays de juridictions constitutionnelles vouées à défendre les libertés et une prise en compte toujours plus forte de l'universalité des droits de l'Homme.

Donnons trois raisons pour lesquelles ce cours est intéressant :

- Les droits et libertés fondamentaux contribuent à la moralisation de la personne humaine.
- Cette étude va contribuer à la formation du citoyen.
- Cette étude va contribuer à la formation du juriste.

### **I) En quoi cette discipline contribue-t-elle à la moralisation de la personne humaine ?**

Lorsque l'on étudie cette discipline on est confronté à la dimension ontologique de l'être humain et aux qualités qui le constitue :

- Le caractère sacré de sa vie.
- La dignité fondamentale de l'Etre Humain.
- L'aptitude naturelle de l'Homme à la liberté.

#### **1) Le caractère sacré de sa vie :**

L'histoire des droits et libertés fondamentaux c'est l'histoire de la découverte de l'humanité de l'Homme, de sa lutte contre ses tendances destructrices. La philosophie des droits de l'Homme est occidentale mais l'esprit de justice est universel. Les droits et libertés ne sont pas dissociables d'une histoire du mal, de la dépossession de l'Homme. Voyons des textes qui évoquent ce point :

- La DDHC de 1789 dans son préambule dispose que : « Considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seuls causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements ».
- La déclaration universelle des droits de l'Homme, qui s'est inspirée de la DDHC, dispose dans son préambule : « Considérant que la méconnaissance et le mépris des droits de l'Homme ont conduit ... ».

#### **2) La dignité fondamentale de l'Etre Humain :**

La moralisation de l'Homme ne peut être apportée par l'étude des droits et libertés que s'ils sont étudiés de façon autonome dans un cours distinct (cf. livre du professeur G. Lebreton) dans son introduction le professeur explique pourquoi les droits et libertés ne peuvent moraliser que par un enseignement spécifique. Pour le professeur Espagnol Peces Barba de Madrid « dans une société moderne les droits et libertés ont une fonction sociale de première importance, ils orientent toutes les sociétés conformément au principe de dignité de la personne humaine ».

### 3) L'aptitude de l'Homme à la liberté :

Les droits et libertés fondamentaux contribuent à notre moralisation en nous conduisant à redécouvrir le concept de liberté. C'est un concept ambiguë, très difficile à appréhender. On peut donner trois types de définitions du mot liberté :

- **Au sens strict** : c'est la situation d'une personne qui n'est pas sous la dépendance absolue de quelqu'un d'autre.
- **Au sens large** : c'est la possibilité d'agir sans contrainte.
- **Au sens politique et social** : c'est le pouvoir d'agir au sein d'une société organisée selon sa propre volonté mais dans la limite de règles définies.

Dans toutes ces définitions il y a une référence au libre arbitre de l'individu mais la liberté ne peut s'exercer qu'en société en subissant les contraintes d'appartenance.

Le professeur **F. Terré** met en évidence deux sens possible :

- **Au sens large** : est libre celui qui n'a besoin de personne ou de quoi que ce soit, qui ne se découvre qu'au prix de la solitude.
- **La liberté relative** : prend en compte la société le groupe, c'est une liberté raisonnable.

Il y a une lutte entre ces deux formes. Il y a une volonté de liberté absolue mais il y a des contraintes à respecter. La tendance qui tend à dominer est la 1<sup>ère</sup>. L'absolutisation est une tendance destructrice de la vraie liberté.

On est devant une indétermination qui nous renvoie à deux approches de la liberté :

- Une individualiste.
- Une avec une finalité sociale.

Dans la 1<sup>ère</sup> on doit pouvoir réaliser notre épanouissement.

Dans la 2<sup>ème</sup> approche le droit et la liberté sont donnés aux individus pour obtenir une solidarité sociale.

Il faut user de la liberté conformément à sa nature d'Homme, le Professeur Jean Morange distingue deux grandes philosophies des droits de l'Homme :

- Celle qui trouve son origine dans le judéo-christianisme, il y a un ordre objectif du monde, l'Homme est libre pour se réaliser dans cet ordre.
- La philosophie des lumières centrée sur l'Homme en tant qu'absolu : rien ne peut contrecarrer l'Homme sauf le respect de la liberté d'autrui. Il n'y a aucun ordre qui s'impose à l'Homme, c'est une conception athée.

Il est important de avoir à quelle conception on se rattache car l'interprétation des droits et libertés

varie selon le cas. **D'un point de vue subjectif** : au dessus des droits et libertés il y a des valeurs à respecter (dignité...) le législateur ne peut que se conformer à cet ordre, on parlera de la théorie Allemande.

## **II) En quoi cette étude va-t-elle contribuer à la formation du citoyen ?**

Quand on étudie les droits et libertés on devient de meilleurs citoyens, en quoi ? Car il faut que nous nous souvenions que les droits et libertés ont été conquis, c'est un patrimoine lentement constitué depuis la Magna Carta de 1215 jusqu'à la DUDH de 1948.

Il faut sauvegarder ce patrimoine qui est guetté par différentes menaces : les dangers, les contrôles sociaux qui pèsent sur l'Homme, les risques pour l'identité, le corps, l'âme qui viennent des progrès technologiques et médicaux (clonage) ... le droit au respect de la vie, vie familiale. La famille était considérée comme une entité fondatrice et préservatrice de l'être Humain. Ces protections sont affirmées dans :

- la DUDH en son article 23
- pacte international relatif aux droits civils et politiques.
- les textes de droit interne comme le préambule de la Constitution de 1946 alinéa 10.

Etudier les droits et libertés fondamentaux permet de tenir le citoyen éveillé. Il faut résister à l'oppression et à la loi injuste (DDHC de 1789 article 2 « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme... ») : la résistance à l'oppression est dans le droit.

## **III) En quoi cette étude contribue-t-elle à la formation de juriste ?**

Trois propositions / éléments / apports :

- C'est une discipline au carrefour de toutes les autres.
- Le juriste doit s'interroger sur la garantie des droits et libertés ? Quel est le meilleur système de garantie.
- L'étude de cette matière devrait rendre le juriste sensible à la contrainte normative internationale.

### **1) Une discipline carrefour :**

Toutes les matières du droit sont représentées au sein de cette discipline. Cela nous oblige à nous souvenir que les divisions des matières juridiques sont artificielles, il y a une unité profonde et trop de séparations (public / privé ...). C'est une matière qui est fondamentale pour la culture juridique à tout point de vue. De nombreuses matières ont été transformées par les droits et libertés fondamentaux.

### **2) Quelle est la meilleure garantie des droits et libertés fondamentaux ?**

Le juriste étudiant les droits et libertés fondamentaux est confronté à la question de leur garantie,

il ne suffit pas de les énoncer, les proclamer il faut un mécanisme de garantie, une « justiciabilité » (accès au juge) quel est l'instrument le plus approprié pour les défendre ?

- On peut penser que la meilleure façon de les protéger c'est de s'abriter derrière le groupe d'appartenance (famille...) mais il n'est pas sûr que les droits et libertés aient à gagner dans cette méthode.
- On peut compter sur l'Etat : quel organe ? Le constituant ? Le législateur ? Le juge ? Selon la DDHC de 1789 les droits et libertés sont garantis par la loi et donc par le législateur. Pourtant le législateur peut être liberticide, on ne pouvait pas contrôler la constitutionnalité des lois.
- Si on compare des conceptions de la loi USA - France il y a de très nombreuses différences. Il a fallu attendre pour avoir un juge de la loi.

Il y a deux conceptions :

- Il n'y a de liberté que par la loi.
- La protection des libertés contre la loi

Pour passer de l'un à l'autre il a fallu du temps.

Pendant longtemps en France le juge devait appliquer la loi sinon il était coupable de forfaiture. Le

juge n'applique pas le droit, il dit le droit. Le juge applique le droit et la loi à des situations particulières. Quel est le meilleur garant ?

Les droits et libertés fondamentaux sont une herméneutique juridique (science qui a pour objet la connaissance des textes).

Lorsque nous sommes devant un texte nous nous trouvons devant un énoncé qui peut avoir plusieurs significations et qui doit donc être interprété une fois cela fait on passe d'un texte à une norme.

Il y a des sources incontestables de la loi et des sources tierces (jurisprudence) mais pourtant la jurisprudence est la 1<sup>ère</sup> source. C'est une bonne chose en matière de droits et libertés fondamentaux.

**Il y a un débat difficile à trancher sur la meilleure garantie possible de défense des droits et libertés. S'il faut essayer de viser un maximum de garantie il faut toujours parfaire l'Etat de droit.**

### **3) L'étude de cette matière devrait rendre le juriste sensible à la contrainte normative internationale :**

Prenons l'exemple précis de la France et des déficiences de l'Etat de droit. L'arrêt de la Cour EDH

du 28/07/1999 dit arrêt Selmouni c/ France. C'est un arrêt sur un article de la Convention EDH (l'article 3 qui interdit les actes de torture et les traitements inhumains et dégradants).

M. Selmouni était un trafiquant de drogue notoire qui a été tabassé et maltraité au Commissariat de Police de Bobigny.

Cet arrêt condamne la France pour torture (nous sommes les seuls avec la Turquie). L'arrêt a été rendu alors que les poursuites étaient encore pendantes en France contre les policiers (les procédures françaises trop longues).

Quand on examine l'impact de cet arrêt dans les médias on se rend compte que le monde judiciaire s'est largement exprimé : l'Avocat Général près la Cour de Cassation M. De Gouttes dans le journal Le Monde en date du 29/07/1999 a pleinement accepté l'assujettissement du droit interne au droit européen (ordre public européen, procès équitable européen, la France doit s'adapter, la Convention EDH devient la vraie Constitution Européenne des Droits de l'Homme).

Les mauvais élèves sont les politiques et les juristes dont certains se demandent « s'il faut supprimer la Cour EDH ? » Le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation ne sont plus des Cours souveraines. La contrainte normative est là, elle est irrésistible, il y a une internationalisation de tous les domaines du droit.

Il y a un mouvement irrésistible, même la Constitution l'intègre avec des arrêts comme Jacques Vabre en 1975 et Nicolo en 1989. Il y a des juges supranationaux qui interprètent les textes comme la Cour EDH.

Ex : le 11/07/2002 I c/ RU ou Christie de Goodwin c/ RU sur la question du transsexualisme, la Cour de Strasbourg a reconnu le droit au mariage des transsexuels en considérant que jusqu'à présent la détermination du sexe était biologique maintenant d'autres facteurs comme la psychologie modifient l'interprétation de l'article 12 de la Cour EDH sur le mariage. Peut être qu'on admettra le mariage homosexuel à partir d'un texte qui ne laisse pourtant pas trop de place à l'ambiguïté.

## **Paragraphe II : Problématique du Cours et bibliographie :**

Ce cours se décompose en deux parties : la théorie générale puis l'étude précise de certains droits et libertés.

Dans ce cours on va combiner différents registres et se référer à des connaissances déjà acquises. Il va falloir s'habituer à se souvenir... Ce cours est très marqué par le souci de la recherche théorique :

- D'où viennent les droits et libertés ?
- Quelles sont les sources formelles et matérielles (métajuridique).
- On s'intéressera à la légitimité du contrôle, quel est le meilleur gardien, quelle est la fonction du juge ?

## **Titre I : Définitions et garanties des droits et libertés fondamentaux :**

Elle va comporter deux aspects :

- La définition des droits et libertés fondamentaux, on va préciser l'objet de l'étude.
- Les mécanismes de garanties des droits et libertés fondamentaux.

## **Section I : Définition des droits et libertés fondamentaux :**

Il y aura 4 paragraphes :

- L'inventaire de certains termes et expressions qui ne sont pas tous identiques.
- Les classifications des différents droits et libertés fondamentaux.
- Les titulaires des droits et libertés (une personne à naître en est-elle titulaire ???).
- Ces droits et libertés fondamentaux font l'objet d'une internationalisation croissante.

## **Paragraphe I : Droits, libertés, droits de l'Homme, libertés publiques, droits et libertés fondamentaux :**

### **A) Droits et libertés :**

Partons des définitions du dictionnaire :

- Les droits sont : « ce qui est exigible ».
- Les libertés : « renvoient au libre arbitre, au pouvoir d'agir selon sa propre détermination ».

Le droit vise donc des prérogatives que l'on possède sur ou contre autrui et que l'on peut exiger.

On peut exiger un comportement ou une prestation (action ou abstention) ex : le droit au respect de la vie privée, droit à la propriété, droit à la vie qui implique de la part des autorités un comportement, une action (système de santé) qui peut être positive ou une abstention. Jusqu'à quel point l'autorité publique peut-elle agir ?

Le droit est assez précis alors que la liberté renvoie à une autonomie de la personne la personne peut agir comme elle le veut : liberté d'opinion, d'expression d'association, l'usage n'est pas déterminé au départ. La liberté est une capacité d'autodétermination, une capacité d'agir ou de ne pas agir.

Ex : l'être à naître (embryon, fœtus) est-il un être qui peut avoir ces droits ? Il ne peut pas avoir de liberté car il n'a pas d'autodétermination. La liberté est moins pré orientée que le droit. La reconnaissance d'une liberté va s'accompagner d'un droit d'exercice de cette liberté (droit à la liberté d'expression...).

Au-delà des droits et libertés il faut parler des principes : les notions indispensables sans lesquelles il ne peut y avoir de droits et libertés ex : le système politique, juridique, le principe d'organisation politique, de séparation des pouvoirs, le pluralisme de la vie politique des idées et des comportements, le principe de constitutionnalité, d'égalité, principe de proportionnalité, de la dignité de la personne humaine. Les choses sont toujours complexes.

### **B) Droits de l'Homme, devoirs de l'Homme et libertés publiques : le triptyque :**

#### **1) Le diptyque : droits / devoirs :**

Tout le cours est consacré aux droits de l'Homme.

Les devoirs : il y a une ambiguïté si on regarde les manuels, on constate que ce mot n'apparaît pas

dans les titres comme si c'était un tabou. Dans notre société on n'aime pas beaucoup ce mot. Les auteurs évitent de se référer aux devoirs, ils craignent une mise au pas des libertés, une instrumentalisation par le pouvoir public et pourtant il faut prendre en compte les devoirs et obligation vis-à-vis du pouvoir des groupes, de la famille des autres envers soi (dignité personnelle et communautaire).

Les devoirs renvoient à la solidarité, l'harmonie sociale, des principes sans lesquels les droits de l'Homme ne sont qu'une illusion.

Exemples en droit interne de protection des devoirs par la Constitution :

- La Constitution de 1795 qui a été appliquée pendant 4 ans commençait par une déclaration des **droits et devoirs** de l'Homme et du citoyen. Il y a dans cette déclaration :
  - L'obligation de payer l'impôt mais c'est plus large.
  - Article 4 : nul n'est bon citoyen s'il n'est bon fils, père, ami et époux.
- Il y a une référence aux devoirs de l'Homme dans la Constitution de 1848
- La Constitution Montagnarde de 1793, jamais appliquée, se réfère aux devoirs qu'a le peuple de se révolter en cas de violation des droits.
- L'article 123 de la Constitution de 1793 dispose « La République française honore la loyauté, le courage, la vieillesse, la piété filiale. Elle remet le dépôt de sa Constitution sous la garde de toutes les vertus ». Il y a une série d'obligations sur les individus qui sont reconnues par la République. Il n'y a pas de droits et libertés sans contrepartie, sans responsabilités et devoirs.

## **2) Droits de l'Homme et libertés publiques :**

L'expression libertés publiques est très franco française, on la trouve peu ailleurs. On l'emploie dans l'article 34 de la Constitution de 1958 « [...] La loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques [...] », on peut noter d'ailleurs que la formulation de cet article est ambiguë et soulève deux problèmes :

- La distinction entre droits civils et libertés publiques.
- Elle sous-entend que les libertés publiques sont réservées aux citoyens.

Dans le préambule de la Constitution alinéa 1 on se réfère aux droits de l'Homme. Le texte du 3/06/1958 pour la nouvelle Constitution dans son 4<sup>ème</sup> principe dispose « on doit veiller au respect des libertés essentielles ». Il y a de nombreuses ambiguïtés dans les termes.

L'idée de la distinction droits de l'Homme / libertés publiques : les droits de l'Homme sont perçus comme une conception plus large que celle des libertés publiques. Les libertés publiques renvoient à des droits naturels de l'Homme antérieurs au pacte social, des droits présociaux liés à la condition d'Etre Humain alors que les libertés publiques seraient reconnues et aménagées par la loi. Les droits de l'Homme sont conçus comme naturels, le législateur doit les respecter. Ex : la déclaration des droits de l'Etat de Virginie du 12/06/1776 « droits certains et essentiels ».

Les libertés publiques relèvent du droit positif. Jean Rivero fait cette distinction classique entre libertés publiques qui entrent dans le droit positif car le législateur les a fixées et les droits de l'Homme qui sont plus larges, c'est la conception du droit naturel. « Les libertés publiques correspondent à des droits de l'Homme que leur reconnaissance par l'Etat a insérés dans le droit positif ». Même idée chez G. Lebreton



Les droits de l'Homme sont une catégorie juridique et non plus une simple philosophie, ils sont dans le droit. Cette distinction a correspondu à un moment donné : le modèle Républicain de la fin du XIXème à cette époque les droits et libertés étaient défendus par le législateur et le juge, on avait une conception étroite des droits et libertés, on visait les libertés individuelles. Les premiers à avoir travaillé sur les droits et libertés étaient des publicistes aujourd'hui les gardiens sont constitutionnels et supranationaux.

### **3) Libertés publiques et droits et libertés fondamentaux :**

Cette appellation « droits et libertés fondamentaux » est récente (20 à 25 ans) est s'est développée en Europe sous l'influence du droit comparé, des Cours Constitutionnelles et de la théorie Allemande. Pour autant si les droits et libertés fondamentaux viennent d'ailleurs ça ne veut pas dire qu'on ignorait ce concept en France (démonstration : la théorie jurisprudentielle de la voie de fait : lorsqu'on est devant des actes de l'administration qui portent atteinte aux libertés fondamentales on passe à la compétence du juge judiciaire ex : violation du droit de propriété, l'acte administratif est dénaturé. Jurisprudence TC 8/04/1936 Action Française arrêt concernant la liberté de la presse.

#### **a) La conception Française :**

Le préambule de la Constitution de 1946 auquel se réfère la Constitution de 1958 fait référence aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Quels sont-ils ? On les découvre par la jurisprudence Constitutionnelle et administrative :

- CE 11/07/1956 Amicale des annamites de Paris. Le CE a estimé que la liberté d'association est un principe fondamental reconnu par les lois de la république.
- Dans l'article 34 de la Constitution « la loi fixe les règles sur les garanties fondamentales assurées ».
- Cette tendance à se référer à des libertés et droits fondamentaux s'est perpétué dans le droit Français jurisprudentiel : Conseil Constitutionnel 22/01/1990 Egalité entre les Français et les Etrangers. « Le législateur peut prendre des dispositions spéciales sur les étrangers s'il respecte les engagements internationaux et les droits et libertés fondamentaux de la Constitution ».
- 13/08/1993 : loi sur la maîtrise de l'immigration dite loi Pasqua : le Conseil Constitutionnel a énuméré les droits et libertés fondamentaux : on a crée une sorte de « statut constitutionnel de l'étranger ».
- Le 10/06/1998 loi sur l'orientation de la réduction du temps de travail qui énonce certains droits et libertés fondamentaux des salariés.
- Le 12/06/1999 Charte Européenne des langues régionales et minoritaires le Conseil Constitutionnel a été saisi car le texte prévoyait la possibilité pour ceux qui parlent une langue minoritaire de l'utiliser dans leurs rapports avec la justice et l'administration : des principes fondamentaux s'y opposent : il n'y a pas de droit collectifs seul des principes individuels (unicité du peuple Français, indivisibilité de la République...).

Le législateur a aussi parlé des droits et libertés fondamentaux :

- **La loi du 30/06/2000 a crée le référé liberté. Lorsque le juge administratif est saisi dans l'urgence pour la sauvegarde d'une liberté fondamentale il se prononce sous 24 heures : on donne aux libertés fondamentales leur pleine**

## **mesure, seule la jurisprudence permet de connaître les droits et libertés fondamentaux**

Quelles sont les droits et libertés fondamentaux et pourquoi ? D'où vient le fait que ce sont des libertés fondamentales ? Les décisions du juge administratif ne sont pas claires, la manière fondamentale Saxonne de rédiger les arrêts est meilleure. Si on consulte les grandes revues juridique on trouve des rubriques se référant aux droits et libertés fondamentaux qui ne cessent de s'agrandir. Ex :

- Liberté d'aller et de venir : ordonnance du 9/01/2001 Deperthes. Le Conseil d'Etat n'est pas clair il ne permet pas de savoir d'où il tire la qualification.
- Le 20/12/1995 il avait annoncé cette décision et s'était référé au protocole numéro 2 de la CEDH. Arrêt du 12/07/1989 Pont à Péage il se réfère à l'article 66 de la Constitution de 1956.
- Madame Hyacinthe 12/01/2001 il qualifie le droit d'Asile de liberté fondamentale : les visas sont surabondants Constitution, CEDH Convention de Genève de 1951 sur les réfugiés.
- Ordonnance du 19/10/2001 Tliba droit à la vie familiale.
- Le 8/12/1978 arrêt GISTI le CE avait relevé que le droit à la vie familiale était un PGD.
- Le 13/08/1993 le Conseil Constitutionnel sur ce droit s'est référé à l'alinéa 10 de la Constitution de 1946.

Régulièrement le CE identifie de nouveaux droits et libertés. Le 19/08/2002 FN et institution de formation des élus locaux. Le CE a estimé que la liberté de réunion est une liberté fondamentale d'où le droit pour un parti politique régulièrement constitué de se réunir, il a utilisé comme visa : l'article 4 de la Constitution de 1958 sur les partis politiques. Pourquoi ne pas avoir visé l'article 11 de la CEDH ?

Ca ne veut pas dire pour autant que tous les référés libertés sont suivis par le juge Administratif

Ex : le 3/05/2002 Association de Réinsertion Sociale du Limousin et Autres : affaire sur le droit au logement. Le droit au logement est-il un droit ou une liberté fondamentale ? Non Visa : Conseil Constitutionnel sur le droit au logement simple objectif et non droit.

En 1995 le Conseil Constitutionnel a dit que l'accès au logement est un objectif et non un droit il s'est référé aux traités internationaux sur l'accès au logement, les traités n'étaient pas d'effet direct.

En 1984 François Mitterrand avait été saisi d'une proposition de l'opposition qui voulait un référendum sur l'école privée, il a dit que la Constitution ne le permet pas, il faudrait modifier la Constitution. Quelques années plus tard en 1990 Robert Badinter a proposé de contrôler la loi par rapport à la Constitution à priori.

Si l'on sort du cadre Français qu'on va sur les textes internationaux on trouve le vocabulaire droits et libertés fondamentaux :

- Dans la DUDH du 10/12/1948 dès le préambule 5ème considérant « droits fondamentaux de l'Homme » 6ème considérant « droits de l'Homme et des libertés fondamentales ».
- Dans les autres Cours de Justice.

**b) La conception Allemande : la conception matricielle des droits et libertés fondamentaux :**

Dans le numéro spécial de fondamentaux Juillet Août 1998 éditorial de Laurent Richet « Avec la notion de droits fondamentaux... notion venue d'Allemagne ». On va se référer au texte constitutionnel et à la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel Fédéral.

Certains auteurs Français comme M. Fromont ont travaillé sur cette conception et la jurisprudence. Autres auteurs : O. Jouanjan en quelques pages a expliqué les caractéristiques.

Cette conception qu'a-t-elle de particulier ? Depuis longtemps dans les Constitutions Allemandes, on trouve des références aux droits et libertés fondamentaux.

- Dans la constitution du 11/08/1919 « droits et devoirs fondamentaux des Allemands ».
- Actuellement dans la Constitution du 23/05/1949
  - 1ère partie « les droits fondamentaux de l'article 1 à 19 ». L'article 1 a une grande place : dès son 1er paragraphe on voit la source d'inspiration « la dignité de la personne Humaine est sacrée, tous les agents de la puissance publique ont l'obligation de la respecter et de la protéger ».
  - paragraphe 3 « les droits fondamentaux ... lient les ». Les droits et libertés fondamentaux dans la conception Allemande sont fortement protégés article 19 :
- paragraphe 2 : les atteintes que l'on peut porter aux droits et libertés ne doivent pas les vider de leur substance, c'est au juge Constitutionnel de vérifier.
- Paragraphe 3 : il n'y a pas que les personnes physiques qui bénéficient des droits et libertés fondamentaux, les personnes morales peuvent en bénéficier.
- Paragraphe 4 : chaque fois qu'il y a une lésion des droits et libertés par le législateur il faut un droit de recours à une juridiction.

**Article 79 paragraphe 3** : « Aucune révision Constitutionnel ne peut porter atteinte au caractère fédéral de l'Etat ou au principe de l'article 1 et 20 ». On limite la révision de la Constitution.

L'article 20 précise que tout pouvoir émane du peuple par élection et vote. Tous les pouvoirs doivent respecter la Constitution. Dans l'article 89 de la Constitution l'alinéa 5 précise qu'aucune proposition de modification de la Constitution ne peut porter atteinte au caractère républicain ». On ne peut pas porter atteinte aux principes.

Les Allemands parle pour l'article 79 alinéa 3 de leur Constitution de la « clause d'éternité ». On est sur une conception qui consiste à considérer que les droits et libertés fondamentaux doivent être protégés. On va décomposer la conception en différents éléments.

Ca va être très utile pour comprendre le 3<sup>ème</sup> point de la démonstration qui nous ramènera à la conception formalisée et essentialiste des droits et libertés fondamentaux

La conception Allemande est fondée sur le concept de l'Etat de droit fondé sur l'idée de l'anthropocentrisme, toutes les activités doivent avoir pour finalité de protéger la dignité de l'Homme. Les interventions ne sont légitimes que si elles vont dans ce sens. Le souci des autorités publiques doit être la protection effective de l'individu, cette obligation pèse sur le Parlement. L'article 2 de la Constitution Allemande insiste sur l'idée du libre épanouissement de la personnalité de chacun. C'est une certaine conception de la liberté qui peut avoir un inconvénient : on risque de perdre de vue l'intérêt collectif, on risque d'avoir une conception où on perd de vue les valeurs essentielles.

Les droits fondamentaux sont avant tout conçu comme interdisant à l'Etat d'intervenir dans les droits libertés fondamentales. O. Jouanjan « ce sont surtout des droits défensifs ils visent à éviter une ingérence de l'Etat ». Ca ne veut pas dire que l'Etat ne doit jamais intervenir, dans certains cas il doit intervenir. Le Tribunal fédéral Allemand est très prudent à l'égard des obligations positives. Dans la liste des droits et libertés ne figurent pas les droits économiques et sociaux, ils sont de simples directives dont le législateur doit tenir compte, il faudrait faire référence à un auteur Allemand G. Jellinek a distingué 3 situations de l'individu face à l'Etat :

- La sphère de liberté où l'Etat on doit pas intervenir : status negativus.
- L'obligation pour l'Etat d'agir : status positivus.
- L'individu est citoyen et participe au fonctionnement : status activus.

Les droits et libertés fondamentaux ont un effet horizontal ils ne concernent pas que les rapports Etats / individus mais aussi les rapports individus / individus. Cette construction vient de la « Dritt Wirkung » (Tiers / Effet) droits ayant des effets à l'égard des tiers.

Les droits et libertés fondamentaux renvoient à des droits subjectifs mais il ne se réduisent pas à cela ils renvoient à un ensemble de principes subjectifs. Lorsque le juge a déterminé l'étendu d'un droit fondamental. Ca évite cette tendance qu'a chaque individu de réclamer un maximum de droits subjectifs il y a la limite : les droits fondamentaux.

**On peut avoir plusieurs interprétations : interprétation axiologique et institutionnelle.**

**L'interprétation axiologique :** les droits fondamentaux renvoient à un ordre de valeur qui limite les libertés individuelles et transforme le juge en gardien. Le Tribunal Constitutionnel Fédéral la 15/01/1958 dans l'arrêt Lüth indique « La Constitution exprime aussi un ordre objectif de valeur qui s'impose comme choix fondamental à toutes les branches du droit ». On est devant une conception objective.

**Interprétation institutionnelle :** lorsque les juges doivent déterminer l'étendu des libertés ils doivent le faire en pensant à la pérennité de certaines institutions privilégiées.

**Interprétation fonctionnelle :** on doit apprécier au regard de l'importance du processus démocratique. La conception Allemande en a eu une trace dans une affaire examinée par la CEDH il y a un an :

**22/03/2001 Streletz et autres :** il s'agissait de personnes qui ont occupé de hautes fonctions en RDA. A l'époque les responsables politiques avaient pris des mesures pour éviter

de franchir le mur de Berlin, ils avaient mis en place des systèmes de défense et il y a eu des dizaines de mort. Ils sont poursuivis pénalement dans l'Allemagne réunifiée et mettent en avant l'article 103 de la Constitution sur la légalité des incriminations et des peines, la non rétroactivité.

Le juge Allemand et la CEDH leur donne tort. Arrêt du 24 Octobre 1996 le Tribunal Constitutionnel Fédéral explique que l'article 103 « le principe de l'Etat de droit comporte l'exigence d'une justice objective, c'est un principe directeur. En ce qui concerne le droit pénal .... Pas de peine sans faute... », l'ordre de valeur sert à l'interprétation de la limite 22/03/2001.

La France a été très influencée par l'Allemagne.

### **C) La conception formelle et substantielle des droits et libertés fondamentaux :**

#### **1) La conception formelle :**

Point de départ : pour savoir si un droit ou une liberté est fondamental il ne faut pas se référer à la nature mais aux valeurs. Ils sont fondamentaux car ils sont inscrits dans des textes, supports, instruments Constitutionnels ou Internationaux.

Ex : dans la constitution Portugaise on trouve des droits du consommateur, ils sont essentiels car inscrits dans la Constitution peu importe la matière nature.

Conséquences :

- On peut définir par la source formelle (Constitution, Internationale) les normes peuvent se recouvrir, ces droits peuvent faire l'objet d'une protection renforcée mais tous sont fondamentaux dès qu'ils sont inscrits dans les textes constitutionnels et internationaux. Ca ne règle pas tout. Il faudrait ajouter les jurisprudences auxquelles donnent lieu ces textes. Ex : la Constitution Française n'est pas qu'un texte, c'est un écrit Prétorien (interprétation). Le texte n'est rien sans la jurisprudence.

**L'école Aixoise :** ils montrent ce qui différencie les droits et libertés fondamentaux des libertés publiques.

Les libertés publiques sont des protections contre l'exécutif alors que les droits et libertés fondamentaux sont une protection contre tous les pouvoirs quels qu'ils soient. Ces droits et libertés sont indisponibles pour le législateur.

Le Parlement n'a pas de pouvoir souverain, il doit respecter les droits fondamentaux. Tous les pouvoirs sont soumis aux droits et libertés fondamentaux. La liberté est une liberté contre le législateur si nécessaire, c'est un frein à la dictature de la majorité, les droits et libertés fondamentaux sont à l'abri des changements de majorité.

La protection des libertés publiques était assurée par la loi alors que les droits et libertés fondamentaux se réfèrent à la Constitution et aux textes internationaux. La protection reposait sur le juge judiciaire et administratif pour les libertés publiques. Les droits et libertés fondamentaux rajoutent le juge Constitutionnel et international.

Cette fois-ci d'autres normes interviennent, les droits et libertés deviennent pleinement justiciables. Une loi peut ne pas avoir été examinée par le Conseil Constitutionnel. La France est très en retard en matière de contentieux Constitutionnel par rapport à l'Allemagne ou à l'Espagne (« fondamentaux »). Les ressortissants communautaires mériteraient d'avoir un accès plus large aux juges.

**Autre élément / critère de distinction :** les libertés publiques ne concernent que les rapports verticaux alors que les droits et libertés fondamentaux peuvent avoir des effets horizontaux ça implique la protection des individus contre les autres individus qui pourraient y porter atteinte.

**Autre éléments :** pour les libertés publiques seules les personnes physiques en bénéficient, pour les droits et libertés fondamentaux les personnes morales peuvent en bénéficier.

Dans une ordonnance du 18/01/2001 CE commune de Venelles « la libre administration des collectivités territoriales est un principe de droit fondamental ». Les libertés publiques visaient une autonomie, les droits et libertés fondamentaux concernent tous les droits y compris économiques et sociaux. Si les traités les reconnaissent c'en sont. Ce n'est pas le cas des libertés publiques.

C'est une conception commode il suffit de lire les textes et la jurisprudence.

## 2) La conception substantielle :

Selon elle les droits et libertés fondamentaux le sont par leur nature, leur essence même et non pas parce qu'ils sont dans un texte.

Auteur : E. Picard Il a écrit un grand article dans fondamentaux « l'émergence des droits fondamentaux en France ». Il a écrit une autre étude deux ans plus tard.

Selon sa conception la fondamentalité ne peut pas se réduire à ses expressions, ses manifestations en droit positif. La fondamentalité ce sont des principes fondateurs qui renvoient à une conception de l'Humanité. Il ne faut pas confondre fondamentalité avec son vecteur Constitutionnel, International... peu importe le vecteur. La fondamentalité est un ensemble de principe. Où sont ces principes fondateurs ? A quoi renvoient-ils. Il faudrait dire d'où vient cette fondamentalité, quelles sont ses valeurs.

## **Etudions un nouveau diptyque : Fondamentalité / Constitutionnalité :**

Dans la conception d'E. Picard il va de soi que l'Etat n'est pas l'auteur du juste, il en est le garant. Le juste existe avant l'Etat. Dans cette conception c'est le droit qui engendre la Constitution. Les droits et libertés ne sont pas fondamentaux car ils sont dans la Constitution mais parce que la Constitution les reconnaît c'est l'inverse. On ne conçoit pas de normativité sans la volonté du peuple hors il y a la fondamentalité, le constituant n'est qu'un outil de la fondamentalité. Cette conception est plus vague que la 1<sup>ère</sup>, on va être confronté à cette distinction : est-ce qu'on se réclame d'une conception formaliste ou essentialiste ?

## **Paragraphe II : Typologies des droits et libertés fondamentaux :**

L'idée de départ est que les juristes aiment bien classer. Quand on consulte les manuels de droits et libertés fondamentaux on trouve cette question de la classification. Comment classer ? Tous les manuels n'apportent pas la même réponse, certaines classifications sont ambiguës car certains droits entrent dans plusieurs catégories comme le droit de propriété ; de plus on dit que les droits de l'Homme sont un tout et les classer revient à séparer. Voyons différents critères de classification.

## **I) La classification basée sur l'objet :**

L'objet des droits et libertés fondamentaux permet une classification en trois catégories :

- Les libertés relatives au corps (libertés physiques).
- Les libertés relatives à la vie de l'esprit (libertés intellectuelles).
- Les libertés relatives à l'Homme comme membre d'une communauté (libertés relationnelles).

C'est assez ambigu car on sépare le corps et l'esprit alors que l'Homme réunit les deux.

### **1) Les libertés relatives au corps :**

On trouve dans cette catégorie :

- Le droit de disposer de son corps.
- Le droit au respect de l'intégrité physique.
- Le droit à la vie.
- Le droit à la sûreté.
- Le droit d'aller et de venir.
- Le droit du domicile...

### **2) Les libertés intellectuelles :**

On trouve :

- La liberté d'opinion.
- La liberté de conscience.
- La liberté de religion.
- La liberté de la presse.
- La liberté de l'enseignement.

### **3) Les libertés relationnelles :**

On trouve :

- La liberté de se réunir
- La liberté de manifester.
- La liberté syndicale et le droit de grève....

Cette 1<sup>ère</sup> classification est courante mais elle présente une incomplétude, elle a des limites. Il y a

des droits qu'on ne sait pas où classer comme par exemple :

- Le droit de propriété, si on se réfère à John Locke on se rappelle qu'il rattachait la propriété au corps.

- La liberté d'entreprendre.
- Le droit au respect de la vie privée.

Un autre problème posé par cette classification est de savoir où classer les garanties fondamentales sans lesquelles il n'y a pas de droits ou libertés fondamentaux (sécurité juridique, prééminence du droit...).

## **II) La classification basée sur le mode d'exercice des droits et libertés :**

On s'intéresse à la façon d'exercer les droits et libertés, on distingue des droits et libertés individuels et d'autres collectifs. Une fois de plus on constate que c'est discutable car certaines libertés entrent dans les deux cas comme par exemple :

- la liberté religieuse :
  - C'est une liberté individuelle du fait du for intérieur (le droit d'avoir des convictions).
  - C'est aussi une liberté collective : liberté d'extérioriser, d'exprimer ses convictions par un culte.
- la liberté d'expression.

Une des autres chose qui est gênante dans cette classification c'est le terme de droits collectifs, peut-on parle de droit collectifs ? Ne faudrait-il pas parler de droits proprement collectifs (réservés aux groupe) et des libertés de l'action collective (qui ne peuvent être exercées qu'en groupe).

## **III) La classification selon l'ordre historique de consécration des droits et libertés fondamentaux :**

Il y aurait une dimension historique et on pourrait relever différentes étapes dans la proclamation des droits et libertés fondamentaux. Ca a donné naissance à la théorie des générations des droits de l'Homme, il y aurait eu 3 générations voire 4 :

- 1<sup>ère</sup> génération : les droits civils et politiques : libertés autonomes, de participation, qui interdisent l'ingérence de l'Etat. Ces droits se prêteraient beaucoup mieux que les autres à une protection juridique. Retrouve-t-on cette phase en droit interne : oui la DDHC de 1789 contient nombre de droits civils et politiques.
- 2<sup>ème</sup> génération : les droits économiques sociaux et culturels : on a par exemple : le droit syndical, de grève mais aussi des droits créance : droit à la santé, à l'éducation... Ils présenteraient une difficulté qui est que leur justiciabilité serait difficile à mettre en place.
- 3<sup>ème</sup> génération : les droits de solidarité individuels et collectifs qui viseraient l'Homme inséré dans l'humanité (droit à la paix, à l'environnement sain, au développement). Ce sont des droits qui intéressent l'individu et concernent l'humanité.



- 4<sup>ème</sup> génération : droits au respect de la dignité de la personne humaine face aux abus de la science.

Le premier problème de cette classification est qu'il n'y a pas de séparation nette entre les

génération : par exemple en France les droits économiques et sociaux ont été publiés en 1946 mais la DDHC de 1789 consacrait déjà certains droits et libertés économiques et sociaux. Dans la Constitution de 1946 il y a aussi des droits civils et politiques. Dans la Convention EDH de 1950 on trouve le respect des biens, l'interdiction du travail forcé, il y a des droits et libertés socio-économiques et des droits et libertés civils et politiques.

Autre inconvénient de cette classification : les droits de la 1<sup>ère</sup> génération renvoient à une liberté autonomie or quand on examine la jurisprudence des Cours on constate que des obligations positives sont associées aux libertés civiles et politiques (l'Etat doit prendre des mesures pour permettre l'accès au juge...)

Certains droits de la deuxième génération sont facilement justiciables comme le droit syndical ou de grève alors pourquoi ne pas les mettre dans la 1<sup>ère</sup> génération ?

Les droits et libertés de la 3<sup>ème</sup> génération sont-ils des droits et libertés (désarmement ...), quelle est leur opposabilité ? A qui s'adresser pour obtenir leur application ? Qui est débiteur ? Qui est créancier ?

#### **IV) La classification de l'école Aixoise : critère du rapport à l'Etat :**

On peut essayer de classer ainsi les droits et libertés fondamentaux. Il y a 5 catégories :

- Les « droits libertés » : droits classiques et du travailleur (enseignement, association, propriété, syndicat, grève, participation...)
- Les droits participation : intervention dans le processus politique.
- Les droits créance : protection de la santé, social, le droit de mener une vie familiale (c'est étrange de le classer ici)...
- Les droits garantie : droit au juge, au procès équitable...
- Le droit à l'égalité.

#### **V) L'existence d'une hiérarchie entre les droits et libertés :**

Elle soulève des difficultés. Il faudrait démontrer cette hiérarchie : certains droits seraient plus fondamentaux que d'autres.

Ex : dans la DDHC de 1789 article 11 « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi », ce droit serait dans une hiérarchie et certains droits seraient plus précieux que d'autres.

Ex 2 : Article 1 de la Constitution Allemande « La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger », la dignité de l'Homme serait donc prééminente par rapport à d'autres droits.

Ex 3 : La convention EDH énumère des droits et libertés, l'article 15 prévoit pour l'Etat de déroger à certains droits en cas de péril grave « En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure

où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international » ; mais certains droits sont à l'abri (droit à la vie de l'article 2, interdiction de la torture, non rétroactivité de la loi pénale) ; ces droits protégés constituent le noyau dur des droits de l'Homme. Il y aurait donc des droits intangibles et des droits conditionnels.

Est-ce que dans la jurisprudence Constitutionnelle on trouve une hiérarchie ? On trouve une distinction dans la décision des 10 et 11 Octobre 1984 sur les entreprises de presse. Une différence est exprimée entre les libertés générales et absolues (sûreté, liberté de presse, d'association) et les libertés qui ne sont ni générales ni absolues (communication audiovisuelle). Dans la même décision le Conseil Constitutionnel se réfère à l'article 11 de la DDHC de 1789

«La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi » ;

et par la suite le Conseil dit « Il s'agit d'une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale ».

Il y aurait des libertés matricielles qui commanderaient les autres. Pour L. Favoreu tous les droits consacrés par le Conseil Constitutionnel sont fondamentaux mais il y a des libertés de 1<sup>er</sup> rang et des libertés de 2<sup>ème</sup> rang. Les libertés de 1<sup>er</sup> rang :

- Ne peuvent pas être soumises à autorisation préalable pour leur exercice.
- La loi ne peut que les étendre, on ne peut pas revenir en arrière.
- Ces libertés doivent être appliquées uniformément sur le territoire.

Cette classification a un grand intérêt mais est problématique. Certains droits et libertés de 1<sup>er</sup> rang sont très relatifs (dignité de la personne humaine)

### **Paragraphe III : Les titulaires des droits et libertés fondamentaux :**

Quels sont les bénéficiaires, ceux qui sont concernés ? Il faut faire deux remarques :

- Pendant très longtemps l'individu n'était pas considéré en tant que tel il était dans un groupe, les droits et les libertés étaient inséparables de cette appartenance, il n'y avait pas ou peu d'individualité. L'appartenance à tel ou tel groupe autorisait des discriminations.

Ex1 : appartenance ou non à la cité). On distinguait dans le monde antique les statuts (esclavage par conquête ou naturel), à cette époque, certaines catégories de personnes ont peu ou pas de droits (les femmes, les étrangers). Ex : la cité Athénienne de Périclès (haut magistrat qui était stratège) au V<sup>ème</sup> siècle avant Jésus Christ. Si on regarde il y a 400.000 citoyens, il y avait soit disant une démocratie directe, les citoyens prenaient toutes les décisions (les étrangers, les esclaves et les femmes ne décidaient pas). Ceux qui se réunissaient étaient en fait 2000 à 4000 (1%) c'est un constat important, c'est un problème qu'on a constamment rencontré, on s'interroge sur l'apport des groupes.

Ex 2 : Au moment de la découverte de l'Amérique on découvre des habitants. Pour s'approprier leur propriété on dénie leur appartenance au genre humain. Comment est-ce possible ? Il y a tout un débat avec par exemple Francisco de Vittorio qui rédige en 1539 « Leçon sur les Indiens » ou Bartholomé de las Casas qui a défendu les Indiens. Une controverse naît entre Las Casas et Sépulvéda dite controverse de Valladolid 1550. On s'interroge sur la question des titulaires des droits et libertés fondamentaux.

On retrouve à la fin du XVIII avec l'indépendance des Etats-Unis. En 1865 intervient la suppression de l'esclavage par le 13<sup>ème</sup> amendement de la Constitution US. Madison voyait les esclaves comme des biens et des personnes. En 1789 en France on proclame les droits et libertés mais l'esclavage continue jusqu'en 1794.

Aujourd'hui on vit sur le postulat de l'égalité et le fait que seuls les individus sont titulaires des droits et libertés fondamentales mais on inclut aussi dans une certaine mesure les personnes morales et des statuts spéciaux demeurent pour certaines catégories.

Les statuts spéciaux sont la résurgence des anciens privilèges, ce terme porte à controverse et on y associe le terme d'injustice, à l'époque c'était l'inverse, les privilèges étaient la justice on affectait à une qualité un statut qui lui correspondait, Montesquieu expliquait que chacun doit être jugé par ses pairs.

En ce qui concerne les personnes morales, elles n'étaient pas envisagées dans la DDHC de 1789.

Voyons les différents titulaires des droits et libertés fondamentaux (on n'effectuera pas une liste exhaustive).

### **1) Les individus et les groupes :**

Peut-on dans un même mouvement reconnaître des droits aux individus et aux groupes qu'ils constituent ? N'est-ce pas contradictoire ? Reconnaître un droit au groupe n'est-ce pas écraser les droits des individus (ex : le droit des peuples est-il un droit de l'Homme).

Les deux pactes des Nations Unies de 1966 commencent tous deux par un article 1<sup>er</sup> sur le droit des peuples comme si on avait besoin de consacrer le droit des peuples comme une condition de réalisation des droits des individus (il y a une contradiction : les peuples peuvent être définis de manière différente).

Un autre problème dans cette catégorie est celui des minorités, on parle de l'égalité de chacun face au droit et on ne veut pas par conséquent de droits spéciaux pour les minorités nationales, religieuses, ethniques...

Le mot de mondialisation est idéaliste car il y a beaucoup de minorités et de groupes différents, ça soulève des questions délicates comme notamment le communautarisme et le multiculturalisme, ça n'étonne personne chez les Anglo-Saxons mais en France c'est un problème car l'Etat est « un et indivisible ». Lorsque la France a ratifié les textes de Nations Unies de 1966 elle a émis une réserve car elle ne reconnaît pas les minorités malgré la fragmentation de la société, de plus en plus de communautés apparaissent.

Des sociologues s'intéressent à la question et notamment Michel Wieviorka a écrit plusieurs livres sur la fragmentation, selon cet auteur les communautés qui reparaissent pourraient poser des problèmes au Gouvernement, les identités cherchent à résister à la mondialisation

Un autre professeur : M. Sandel de Harvard répond à des inquiétudes qu'on sent monter avec les communautés, les sociétés ne vont-elles pas se fragmenter en réclamant des droits et de statuts particuliers.

Cette question du pluralisme juridique intéresse les anthropologues du droit.

Il y a une jurisprudence du Conseil Constitutionnel : il y a plus de 10 ans le Parlement a voté une loi sur le statut de la Corse avec un article 1<sup>er</sup> qui a été controversé « Le peuple Corse constituante du peuple Français ». Le 9 Mai 1991 le Conseil Constitutionnel a censuré cet article au nom du principe d'unité du peuple Français, il n'y a pas de peuples dans le peuple Français, il va y avoir une modification Constitutionnelle pour la régionalisation ce sera une révolution Constitutionnelle.

Le Conseil Constitutionnel le 15/06/1999 a repris la même logique sur la Charte Européenne des langues régionales ou minoritaires, le Conseil Constitutionnel a estimé que pour ratifier un tel texte il faut changer la Constitution. La Constitution s'oppose à reconnaître des droits collectifs à certains groupes de plus le Français est la seule langue de la République.

## **2) Personnes physiques et personnes morales :**

Les personnes physiques sont les destinataires naturels des droits et libertés, cela exclue-t-il les personnes morales ? La nature de la personne morale est-elle un obstacle absolu ou relatif ? Il est relatif on peut en adaptant leur donner des droits et libertés.

Certains droits et libertés ne sont pas accessibles aux personnes morales comme la protection contre la torture ou la protection de la vie familiale (une personne morale n'a pas de vie familiale et ne peut pas être torturée). Les choses évoluent car on n'imaginait pas un jour reconnaître des droits et libertés aux personnes morales, elle en bénéficient aujourd'hui selon leur spécificité.

La Constitution Allemande dans son article 19 donne un exemple « Les droits fondamentaux s'appliquent également aux personnes morales nationales lorsque leur nature le permet. ».

On pourrait distinguer personnes morales de droit public et de droit privé. Les personnes morales de droit public s'identifient à l'intérêt général donc les droits qui leur sont reconnus seront moins larges. Le Conseil d'Etat a reconnu que le droit pour les collectivités locales de s'administrer librement est un droit fondamental, les personnes morales ont aussi le droit de propriété comme droit fondamental. Les garanties sur la propriété intéressent les personnes morales de tout type : privées ou publiques.

Ex : En 1981 le Conseil Constitutionnel est saisi suite aux nationalisations pour vérifier le respect des droits. Plus tard les 25 et 26 Juin 1986 une décision du Conseil Constitutionnel dans son considérant 58 dispose

« Considérant que la Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie de patrimoines publics soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur ; que cette règle découle du principe d'égalité invoqué par les députés auteurs de la saisine ; qu'elle ne trouve pas moins un fondement dans les dispositions de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due ; que cette protection ne concerne pas

seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'Etat et des autres personnes publiques ».

Cette protection concerne la propriété privée et de l'Etat. C'est une interprétation audacieuse du texte de 1789 où on ne pensait qu'à l'expropriation d'immeubles ; on étend aux personnes publiques et privées. Ce sont les personnes morales de droit privé qui bénéficient le plus largement de ces droits. La jurisprudence des cours internationales ou interne les traités... affirme tous l'existence de droits fondamentaux pour les personnes morales CEDH Article 1 Protocole 1

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. »

Peuvent saisir la Cour EDH les personnes physiques ou morales même si c'est plus les personnes physiques qui le font. Ex de saisine par une personne morale : 16/04/2002 Société Colas et autres (une saisie sans autorisation avait eu lieu dans les locaux) « la Cour considère qu'il est temps de reconnaître, dans certaines circonstances, que les droits garantis sous l'angle de l'article 8 de la Convention peuvent être interprétés comme incluant pour une société, le droit au respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels (voir *mutatis mutandis* arrêt Niemietz c. Allemagne précité, p. 34 § 30) »

Dans la jurisprudence interne Conseil Constitutionnel 22/07/1980 : les personnes morales ont les droits de la défense, c'est important vu la multiplication des sanction administratives.

La Cour de Cassation a reconnu le droit d'une société d'intenter une action en diffamation, droit au respect de l'honneur Chambre Criminelle 22/03/1966 ainsi que le droit de porter plainte en cas de violation de la vie privée (espionnage) Cass. Crime. 23/05/1993.

### **3) Les personnes nées et à naître :**

La difficulté principale porte sur les personnes à naître, avant que l'individu naisse, est-il une personne titulaire de droit ? Le plus simple c'est de dire qu'il n'y a pas de personne avant la naissance mais on sait que ce n'est pas vrai. Le droit est embarrassé par cette question, toutes les branches du droit ont eu à s'exprimer sur le sujet. On ne cesse de nous dire que le droit à la vie est le premier de tous les droits mais qui en est le destinataire ?

Dans la Charte des droits fondamentaux de Nice du 7/12/2000 article 2 « Toute personne a droit à la vie. Nul ne peut être condamné à la peine de mort, ni exécuté ». Les instruments ne sont pas plus précis.

Article 2 de la Convention EDH

« Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire:

a. pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale;

- b. pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue;
- c. pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection. »

On ne parle pas de l'être à naître. Sur le Continent Américain la Convention Américaine des droits de l'Homme de 1969 en son article 4 dispose « toute personne a droit à la vie en général dès la conception ». La jurisprudence de la Cour EDH n'est pas explicite, les juges ne veulent pas se prononcer sur l'avortement.

Dans le bloc de constitutionnalité il n'y a rien de substantiel, l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946 dispose

« La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence »

mais on se demande si ça porte sur les enfants nés ou à naître. C'est plutôt destiné à l'enfant né mais dans le 1<sup>er</sup> projet de la Constitution l'article 23 disposait « la protection de la santé dès la conception sont garantis à tous et assuré par la nation ».

En dehors de ça on trouve l'article 40 de la Constitution Irlandaise qui reconnaît le droit à la vie de l'enfant à naître c'est une exception.

En dehors des normes Constitutionnelle il y a l'adage « infans pro nato habetur quoties de comodis ejus agitur » qui donne une personnalité juridique à l'enfant avant sa naissance.

Le seul argument massif qui démontre qu'en droit en dépit des incertitudes il existe un droit à la vie de l'enfant à naître ce sont tous les instruments internationaux qui précisent qu'une femme enceinte ne peut pas être exécutée.

Ca ne règle pas tout, les hautes juridictions ont été confrontées au problème de l'avortement : comment concilier droit la vie et liberté de la femme ? On fait prévaloir le droit à l'avortement sur le droit à la vie des enfants à naître. Il faudrait parler de la Cour Suprême des Etats-Unis qui en 1973 dans l'arrêt Roe vs. Wade a reconnu un droit Constitutionnel à l'avortement et maintient depuis lors sa jurisprudence.

Le Conseil Constitutionnel a été confronté à ce problème 27/06/2001 « la loi n'a pas, en l'état des connaissances et des techniques, rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; ». Le professeur B. Mathieu a fait une critique de cette jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Le 27/07/1994 sur la bioéthique le Conseil Constitutionnel avait laissé libre le législateur.

Faut-il reconnaître des droits et jusqu'où ? Le Tribunal Constitutionnel Allemand a rendu deux grands arrêts sur l'avortement :

- le 25/02/1975 :
  - o L'article 2 de la Convention EDH inclus la personne à naître.

- L'article 1 a placé au centre de même si le législateur n'est pas.... Même le changement des idées générales ne pourrait rien changer.
- Le 28/05/1993 : le juge accepte la dépénalisation de l'avortement jusque-là la 12<sup>ème</sup> semaine.

Dans ce domaine d'une grande actualité il y a d'autres aspects : qu'en est-il de l'expérimentation sur l'embryon ? Ce sera fait.

Peut-on accuser quelqu'un d'homicide involontaire s'il tue par accident un fœtus viable (accident de la route, erreur médicale), si on répond oui alors on reconnaît que c'est une personne. Il y a eu une affaire devant la Cour EDH, l'affaire VO : un médecin avait fait une confusion entre deux patientes qui avaient le même nom et a causé un avortement thérapeutique, la Cour d'Appel de Lyon a qualifié l'acte d'homicide involontaire, la Cour de Cassation en Chambre Criminelle le 30/06/1999 a refusé et a confirmé sa position le 25/06/2002 sur un enfant arrivé à terme. L'interprétation stricte de la loi pénale s'oppose à l'incrimination pour un enfant qui n'est pas né vivant.

Qu'en est-il de la réparation du préjudice de vie ? Y a-t-il un droit à ne pas naître 17/11/2000 Arrêt Perruche le législateur est intervenu, la jurisprudence civile est à l'opposé de celle du Conseil d'Etat. Peut-on réparer un préjudice qui serait créé par le fait d'être né handicapé ? Y a-t-il un droit à ne pas naître ? S'il y a un droit de n'être pas né l'enfant pourrait-il poursuivre sa mère pour ne pas avoir avorté.

#### **4) Hommes / Femmes :**

Pourquoi ce diptyque ? C'est un problème éternel de savoir s'il faut leur reconnaître le même Statut, les mêmes droits mais c'est aussi récent avec le problème de la parité déclarée dans l'article 3 et 4 de la Constitution.

Historique : dans les Etats Occidentaux l'effectivité du principe d'égalité est assez récente. En 1966 le Parlement Français a voté une grande loi qui autorisait la femme à travailler sans l'accord préalable de son mari, la France n'était pas en avance pour le droit de vote il a fallu attendre 1944 et en Suisse au plan fédéral il a fallu attendre 1971 et encore dans certaines formes de suffrage comme les assemblées cantonales il n'y avait que des Hommes. Le Liechtenstein a reconnu le droit de vote aux femmes en 1984. Par ailleurs dans certains pays du Monde les femmes n'ont toujours pas ce droit. Le débat est ancien et beaucoup d'auteurs se sont exprimés.

On a constamment débattu du statut des femmes par rapport aux Hommes, ex : sous la IIIème république entre les deux chambres il y a eu une opposition, le Sénat s'opposait à la reconnaissance du droit de vote aux femmes (elles étaient soit disant trop liées au clergé).

Aujourd'hui le juge national ou supranational est confronté à la question de l'égalité Hommes Femmes, le juge communautaire est important dans l'effectivité de cette égalité dans l'emploi et les salaires. Ex : A propos d'une des revendications, celle d'accéder à l'armée et à toutes les fonctions militaires (la Constitution Allemande interdisait aux femmes d'utiliser une

arme, elles avaient uniquement le droit d'accéder aux hôpitaux militaires et à la musique), ça a changé.

### **5) Civils et agents publics :**

Incontestablement les deux catégories ne sont pas sur un même plan mais les droits des agents publics doivent tenir compte de la spécificité de la fonction. Il y a des droits identiques pour tous de 1972 à 1945 l'armée était privée du droit de vote. Certains droits ne sont pas accordés selon les fonctions comme le droit de grève pour les gardiens de prison ou le droit de manifestation (on a eu l'exemple des gendarmes qui sont des militaires et ne peuvent pas normalement se mettre en grève ni manifester, pourtant ils l'ont fait). La liberté d'expression est limitée pour certains fonctionnaires.

La liberté religieuse est acquise pour tous mais la manifestation c'est autre chose ; dans la logique de service public on doit limiter l'expression c'est surtout le cas pour les militaires. La Cour EDH s'est prononcée sur le sujet concernant la Turquie et la Grèce :

- Le 1<sup>er</sup> arrêt en date de Juillet 1997 Kalac c/ Turquie : un officier a été mis à la retraite d'office pour avoir exprimé des opinions religieuses illégales. La Cour EDH a admis qu'un militaire se soumet à une discipline.
- Pour la Grèce c'est l'arrêt Larissis c/ Grèce du 24/02/1998, en général la confession qui pose le plus de problème à la Cour EDH ce sont les Témoins de Jéhovah, ici c'était des Pentecôtistes, les officiers avaient fait du prosélytisme en direction de leurs subordonnés, la Cour EDH a reconnu la légitimité de la sanction.

Cette jurisprudence on la retrouve en droit interne Français avec les professeurs de l'enseignement public, ils ont les droits et libertés fondamentaux mais ils ont une obligation de réserve, de retenue, de discipline, ils doivent en raison de la nature de leurs fonctions respecter la laïcité et la neutralité et ne doivent pas manifester d'appartenance à une religion donnée (Conseil d'Etat 3/05/2000 Mlle Marteaux).

Cour EDH 15/02/2001 affaire Dalhab c/ Suisse : ici c'est une enseignante de l'enseignement public primaire qui se convertit à l'Islam et vient voilée, on lui interdit de porter ce signe, la Cour EDH est ferme : « le voile est un signe d'infériorité de la femme », il y a des contraintes à être professeur et il faut les respecter.

### **6) Les non délinquants et les délinquants :**

La délinquance et la détention peuvent entraîner un statut particulier et des contraintes spéciales :

- Violence légale.
- Contraintes vestimentaires.

Le détenu a des droits et libertés fondamentaux mais qu'il ne peut exercer que de manière restreinte. Même les pires individus ont droit au respect de certaines garanties, il faut respecter l'article 3 de la Convention EDH. Ex : arrêt Selmouni, le respect de l'article 3 de la Convention EDH est indépendant de la nature des actes reprochés.



Problème : le droit au respect de la vie familiale pour les détenus, le respect de la vie de couple implique-t-il la mise en place de structures spéciales. En France il y a des expérimentations.

### **7) Nationaux et étrangers :**

C'est un débat ancien : dans la Bible passage de l'Exode il est dit « Tu n'opprimeras pas l'étranger car tu as été toi-même étranger ». L'étranger ne peut pas avoir le même statut que les nationaux. Ex : les étrangers en situation régulière ou irrégulière ont des différences de statuts, ce qui pose la question des demandeurs d'asiles, on construit un statut de l'étranger.

Le Conseil d'Etat le 8/12/1978 dans l'arrêt GISTI le CE indique que le droit au regroupement familial est un PGD, le Conseil Constitutionnel a dit la même chose le 13/08/1993 sur la loi Pasque, il fonde ce droit sur une norme Constitutionnelle : l'alinéa 10 du préambule de la Constitution de 1946 : c'est une décision synthétique dans laquelle le Conseil Constitutionnel a établi « un statut Constitutionnel de l'étranger ».

Certaines collectivités territoriales voulait distinguer Français et étrangers ex : Paris fin 1980, le Conseil d'Etat et le Conseil Constitutionnel ont bloqué. C.E 30/06/1989 Ville de Paris c/ Levy sur l'allocation de congé parental et Conseil Constitutionnel le 22/01/1990 égalité en matière de prestations sociales entre Français et étrangers.

La thèse de la préférence nationale est contraire au droit Français.

### **8) Les enfants :**

On peut se demander s'ils ont des droits particuliers ? On y reviendra en parlant de l'applicabilité de la convention des nations unies sur les droits de l'enfant.

### **Paragraphe IV : L'internationalisation des droits et libertés fondamentaux :**

Voyons quelques témoignages qui démontrent cette internationalisation : de tout côté on ne cesse de se référer à cette internationalisation tant positivement que négativement.

Témoignage politique : déclaration d'ouverture en Juin 1993 de la Conférence mondiale sur les droits de l'Homme par Boutros Boutros-Ghali « Les droits de l'Homme abolissent la distinction traditionnelle entre ordre interne et ordre international ».

E. Decaux : « Le droit n'est pas un mille feuille » il ne faut jamais oublier les interactions, le droit interne est de plus en plus sous la contrainte du droit international.

On va partir d'observations faites par des hauts responsables juridiques : Le 1<sup>er</sup> Président de la Cour de Cassation et le procureur général près la Cour de Cassation J-F Burgelin.

En Janvier 2000 le 1<sup>er</sup> Président M. Canivet a ouvert la session annuelle et a centré son discours sur l'équité de la justice, il s'est référé au poids considérable de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et surtout de son article 6.

« Elles jouissent, en outre, d'une primauté qui leur donne une force supérieure à la loi, primauté en vertu de laquelle, en cas de contradiction, pour donner plein effet à la règle internationale, le juge, quel qu'il soit, pénal ou civil, judiciaire ou administratif, écarte l'application de la disposition interne non conforme. Ce dernier aspect, qui impose au juge d'ignorer sa propre loi, lui confère un pouvoir considérable qu'il est nécessaire de contrôler.

C'est, dans l'ordre judiciaire, ce que fait la Cour de cassation sous l'impulsion de laquelle, par un mécanisme créateur de droit identique à la méthode d'élaboration de la Common Law, le juge national reconstruit, à partir du droit communautaire ou de celui de la Convention, l'ordre juridique interne en le modifiant profondément.

Considérable dans de nombreux domaines, ce mouvement, phénomène marquant du début du nouveau siècle, est particulièrement fort et perceptible dans la transformation du droit procédural par application de l'article 6, §1 de la Convention qui, on le sait, prescrit les garanties d'un procès équitable. »

Le Procureur Général a lui déclaré le 4/12/2000 dans le discours d'accueil d'un colloque à la Cour de Cassation portant sur « les principes communs d'une justice des états de l'union européenne »

« Nous avons été formés, les uns et les autres, au droit propre à chacun de nos pays respectifs, avec ses concepts, ses usages, ses traditions souvent anciennes.

L'heure présente est à la remise en cause des législations, des jurisprudences, des habitudes. Notre droit positif a de moins en moins pour origine les lois et règlements nationaux et de plus en plus les doctrines et jurisprudences issues des institutions politiques ou juridictionnelles européennes. »

Si on se réfère à la jurisprudence des Cours Européennes comme la CJCE on se rend compte qu'elle aborde des questions sur les droits fondamentaux. Exemple : condamnation de la France pour non transposition d'une directive de 1998 qui visait à faciliter l'exercice la profession d'avocat en Europe. Cette condamnation le 26 Septembre 2002 va avoir pour conséquences d'accélérer la transposition.

Aujourd'hui on ne peut pas parler des droits et libertés fondamentaux sans parler de la contrainte externe.

#### **A) Rapport entre ordre juridique international et interne : le principe de subsidiarité :**

Il appartient en premier lieu et avant tout à l'ordre juridique interne de consacrer et garantir les droits et libertés fondamentaux, le recours aux normes internationales de garantie est simplement supplétif. Il y a une subsidiarité tant matérielle que procédurale :

- Matérielle : le texte de la Convention EDH est un standard minimum, son article 53 dispose que l'on peut aller plus loin. Il y a une identité matérielle entre les normes constitutionnelles et européennes.
- Procédurale : vise les mécanismes de garantie, on a recours aux mécanismes internationaux après avoir épuisé tous les recours internes effectifs.

La subsidiarité est importante : J-F Burgelin faisait remarquer qu'on préserve les spécificités

Nationales, la contrainte externe ne supprime pas cela ; il faut tout de même que les spécificités nationales soient compatibles avec les normes internationales.

**B) L'autonomie du droit interne ne peut pas exclure le contrôle international :**

Il ne faut pas oublier qu'il appartient au juge national d'assurer la primauté du droit international,  
il doit le faire respecter.

**Exemple 1 :** Chambre Criminelle de la Cour de Cassation 4 Septembre 2001 arrêt Amaury. Il s'agissait de l'application d'un article d'une loi de 1977 qui interdisait la publication de sondages une semaine avant un scrutin. Il y avait des sanctions pénales. M Amaury a enfreint cette règle, est-ce contraire à la Convention EDH ?

La Cour d'Appel a dit oui, la chambre criminelle a tranché mais ne s'explique pas : dans les conclusions de Mme Commaret avocat général la loi de 1977 reçoit un affront, elle est contradictoire avec l'article 10 de la Convention EDH sur la liberté d'expression.

Le législateur le 19/02/2002 a modifié la loi de 1977 les sondage ne sont plus interdits que la veille et le jour de l'élection. On peut toujours se demander si ces nouvelles dispositions sont compatibles avec la Convention EDH.

**Exemple 2 :** Cass. Soc. 2 Octobre 2001 Nikon France cette société a licencié pour faute lourde un ingénieur qui passait son temps à gérer ses affaires personnelles avec les moyens informatiques de la société. La société a fouillé les fichiers personnels pour apporter la preuve : est-ce une atteinte à la vie privée ? La Cour de Cassation, en se basant sur l'article 8 de la Convention EDH et l'article 9 du Code Civil, a indiqué que le salarié pendant le travail a droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances.

Le juge national applique lui-même les principes internationaux.

**Exemple 3 :** Le Conseil d'Etat a rendu un arrêt important qui emporte des conséquences financières lourdes. CE Assemblée 30/11/2001 Diop. Cela concerne le calcul des pensions de retraites des anciens combattants devenus Français alors qu'ils sont dans des pays étrangers (anciennes colonies). Faut-il calculer leur pension comme les anciens combattants Français ou leur donner un statut à part.

On a choisi la solution du statut à part en 1960, ils recevaient donc une pension nettement inférieure à celle d'un Français de l'hexagone. Cela mettait en cause le principe d'égalité, c'était une discrimination basée sur la nationalité.

Le CE considère que cette différence est une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention EDH et à l'article 1 du protocole 1 sur le droit au respect des biens, il va falloir revaloriser les pensions. Le CE traite des affaires du même type. Voilà un effet de la contrainte externe.

J-F Burgelin a déclaré en décembre 2000 : que si la France écarte la loi et fait prévaloir le traité c'est parce que le Gouvernement l'a voulu. Le juge national est le juge de droit commun en matière de droits et libertés fondamentales et de normes supranationales. Le juge national peut néanmoins se tromper et être contredit par le juge supranational.

**Exemple 1 :** en matière de liberté d'expression : le juge Européen des droits de l'Homme : Cour EDH a une jurisprudence longue et libérale surtout sur la liberté de la presse (cette liberté est valorisée).

**Exemple 2 :** Arrêt du 29 Octobre 1992 concernant l'Irlande : *Open door et autres c/ Irlande* : cet arrêt portait sur l'avortement. La réglementation en la matière en Irlande est très stricte puisque la Constitution en son article 40 consacre le droit à la vie de l'enfant à naître, sauf cas spéciaux l'avortement est donc interdit. Au contraire au Royaume-Uni l'avortement est très largement permis jusqu'à 22 semaines.

Les associations *Open Door* avaient été poursuivies en Irlande par des associations anti-avortement pour avoir fourni des informations sur les possibilités d'avortement au Royaume-Uni, le juge Irlandais a interdit la diffusion des informations en se basant sur la Constitution.

Les intéressés (les associations fournissant des infos) ont été à Strasbourg où la Cour EDH a condamné l'Irlande sur la base de l'article 10 de la Convention EDH et ce alors même que le juge se basait sur la Constitution. La norme supranationale serait donc plus forte qu'une Constitution Nationale. Depuis une loi a été adoptée en Irlande qui permet de diffuser les informations sur l'avortement.

**Exemple 3 :** Arrêt de la Cour de Strasbourg le 3 Octobre 2000 *Du Roy et Malaurie c/ France*. Il s'agissait d'une condamnation contre ces deux personnes qui dirigeaient des journaux et avaient publié des informations sur le dépôt de plainte avec constitution de partie civile or une vieille loi interdisait au nom de la présomption d'innocence de publier de telles informations. On voit ici l'opposition entre deux libertés fondamentales : la Cour EDH a considéré qu'il y avait violation de l'article 10 sur la liberté d'expression. Par la suite la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation a procédé à un revirement de jurisprudence.

**Exemple 4 :** Le Conseil d'Etat et la liberté d'expression arrêt *Association Ekin*. C'était une association qui militait pour l'autonomie Basque, elle avait publié un ouvrage qui a été interdit en application de la loi de 1881 sur la presse, modifiée en 1939. Devant le Conseil d'Etat la procédure a été longue, on a soulevé la contradiction entre cette législation (son approximation) et la Convention Européenne des Droits de l'Homme article 10. Le 9/07/1999 le CE a rendu un arrêt intéressant qui écarte la contradiction, de plus jusque là il y avait un contrôle restreint et ici on a appliqué un contrôle étendu.

Le 17/07/2001 dans l'arrêt *Association Ekin c/ France* la Cour EDH estime qu'il y a défaut d'accessibilité et de prévisibilité des effets de la loi (manque de clarté, de qualité). Elle a condamné la France pour violation de l'article 6 alinéa 1 car l'affaire avait duré 9 ans.

**Exemple 5 :** Le 25/06/2002 arrêt *Colombani et autres c/ France* (directeur du journal *Le Monde* » ils avaient été condamnés pour le délit d'offense à chef d'Etat, ce délit est dans l'article 36 de la loi de 1881 sur la presse. La Chambre Criminelle de la Cour de Cassation le 20 Octobre 1998 a rendu un arrêt ; le juge pénal vérifie s'il y a intention malveillante, on ne va pas sur le terrain de la véracité des faits, beaucoup de chefs d'Etat africains ont utilisé cet article. La France a été désavouée par un arrêt qui va loin sur la liberté d'expression.

La Cour de Strasbourg indique qu'on ne peut pas accepter de reconnaître un statut exorbitant du droit commun aux chefs d'Etats, c'est incompatible avec l'article 10 de la Convention EDH

«La Cour constate de surcroît que l'application de la disposition relative au délit d'offense tend à conférer aux chefs d'Etat un statut exorbitant du droit commun qui ne saurait

se concilier avec la pratique et les conceptions politiques d'aujourd'hui. Cette disposition a en effet pour conséquence de les soustraire à la critique seulement en raison de leur fonction ou statut, sans prise en compte de l'intérêt de celle-ci. Or selon la Cour, ce privilège dépasse ce qui est nécessaire pour atteindre un tel objectif. »

Le Chef d'Etat doit utiliser les procédures normales. Il faudra du temps pour que la Cour de Cassation applique cela.

Tous ces exemples montrent que l'on peut toucher n'importe quel domaine.

Exemple 1 : l'article 8 de la Convention EDH traite du droit au respect de la vie privée, cela sous entend le respect de la vie sexuelle. Avant la législation pénale Britannique sanctionnait pénalement les comportements homosexuels puis est intervenu l'arrêt Dudgeon c/ RU le 27 Octobre 1981 qui a mis un coup d'arrêt à la pénalisation de l'homosexualité entre adultes consentants et en privé. La jurisprudence est demeurée constante. Le 31/07/2000 ADT c/ RU.

Cette logique est aussi valable pour les discriminations quelque soit le motif ex : discrimination sur la naissance arrêt du 1/02/2000 Mazurek qui condamne les différences en matière successorale entre enfants légitimes et adultérins. Que dire des discriminations sur l'orientation sexuelle ?

Il y a eu en la matière des arrêts contre le Royaume Uni, il y a d'ailleurs une grande jurisprudence en matière de mœurs qui concerne le Royaume Uni. Deux affaires du 27 Septembre 1999 sur des homosexuels militaires Smith et Grady c/ RU et Listig-Prean et Beckett c/ RU ces militaires de carrière avaient été révoqués du fait de leur homosexualité alors que du point de vue du travail ils étaient irréprochables, la Cour EDH a condamné et depuis le règlement a changé au Royaume Uni : pour éviter cela on aménage la coexistence.

Ajoutons une précision qui montre l'ampleur du contrôle supranational : il n'y a pas de secteurs qui échappent à ce contrôle, il ne saurait y avoir d'immunité pour l'Etat. Voyons le cas de la Turquie :

Ex : arrêt de la Cour EDH du 30/01/1998 Parti Communiste Unifié de Turquie et autres c/ Turquie cela portait sur la dissolution d'un parti politique en application d'une disposition de la Constitution qui autorise cela. Ce parti a été dissout sur la base de son programme qui traitait des Kurdes, l'Etat Turque a estimé que cela mettait en cause l'unité Turque. Devant la Cour EDH la Turquie a fait valoir une exception Constitutionnelle, selon la Turquie la Cour EDH n'a rien à dire sur le principe d'unité. En réponse la Cour EDH a fait remarquer que l'article 1 de la Convention EDH dispose que les Etats liés doivent répondre de tous leurs actes mêmes ceux basés sur leur Constitution. Cette jurisprudence a été confirmée il n'y a pas d'immunité pour les Etats.

Ce qui s'impose en droits et libertés fondamentaux c'est la suprématie des cours supranationales. Quelle est la meilleure garantie des droits et libertés fondamentaux ? La Constitution et la jurisprudence constitutionnelle ou la jurisprudence autonome des cours supranationales ?

Au plan national on constate que le juge applique le texte du traité selon l'interprétation supranationale. L'intervention du juge international produit des effets décisifs et donnent une normalisation du droit interne.

## **1) Le juge fait prévaloir le traité tel qu'interprété par la cour supranationale :**

Exemple : les arrêts de la Cour EDH ont une très grande autorité. A priori l'autorité est seulement relative mais ça va plus loin, c'est « erga omnes » les arrêts des cours supranationales en matière de droits et libertés fondamentaux sont couverts de l'autorité de la chose interprétée.

Quand on lit les arrêts des cours nationales souveraines on voit que le juge Français n'a pas pour habitude de se référer à la jurisprudence supranationale, elles ne souhaitent pas reconnaître une influence trop importante à cette dernière. Pour trouver une trace de l'influence il faut se reporter aux conclusions des avocats généraux ou commissaire du gouvernement qui comportent, eux, de nombreuses références.

Parfois la pénétration de la chose interprétée se voit par des formules dans les arrêts. En effet certains arrêts nationaux n'hésitent pas à reprendre textuellement des formules du juge supranational sans le signaler. Enfin il y a des cas où le juge suprême indique clairement qu'il applique un texte supranational.

Exemple 1 : Cass. Comm. 29/04/1997 Ferreira cela portait sur un problème de sanctions fiscales. Ces sanctions entrent-elles dans le cadre de l'article 6 de la Conv EDH. La Cour de Cassation se réfère à l'article 6 de la Convention EDH telle qu'interprétée par la Cour EDH.

Exemple 2 : Cass. Soc. 14/01/1999 Bozkurt c/ CPAM de St Etienne : il s'agissait du problème de l'octroi d'une aide. L'attribution a été refusée et la Cour de Cassation devait se poser la question de savoir si ça entrait dans le cadre de l'article 1 du protocole 1 de la Conv EDH. La Cour de Cassation a répondu positivement, elle s'est appuyée sur l'article 14 et l'article 1 du protocole 1 tels qu'interprétés par la Cour EDH.

## **2) Il s'opère une normalisation du droit interne :**

Si la correction ne se fait pas l'Etat s'expose à une condamnation. On peut corriger par un revirement jurisprudentielle ou alors il y a la voie législative ou réglementaire.

**Exemple 1** : sur la voie jurisprudentielle il y a des exemples intéressants sur l'article 6 de la Convention EDH concernant l'équité du procès. On se rend compte que dans le fonctionnement de certaines AAI il y a eu des modifications :

- Au sein de la COB : un membre de la COB a été successivement dans une même affaire rapporteur puis a contribué à rendre la décision. La même personne a instruit puis jugé. Le 5/02/1999 dans l'arrêt Oury la Cour de Cassation a condamné cette pratique. Par la suite un décret du 1/08/2000 a modifié les règles d'organisation pour éviter ce problème.
- Pour le Conseil de la Concurrence : il s'est produit la même chose que pour la COB et il y a eu un revirement de jurisprudence.

Il y a des différences entre la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat pour l'appréciation.

**Exemple 2 :** portant sur l'article 6 de la Conv EDH. Ici il s'agissait de la question de la mise en

état : toute personne condamnée pénalement en Appel à une peine supérieure à 6 mois et qui souhaitait former un pourvoi devait pour que le pourvoi soit accepté se constituer prisonnier. Cette mise en état a été condamnée par la Cour EDH le 23/11/1993 dans l'arrêt Poitrimol c/ France et le 14/12/1999 dans l'arrêt Khalfau c/ France.

Etant donné l'importance du pourvoi et le droit à l'accès au juge, la règle de la mise en état a été jugée inconstitutionnelle par la Cour de Cassation le 4/06/2000 et le 15/06/2000 la loi a abrogé cette pratique, ici la jurisprudence et la loi sont toutes deux intervenues.

**Exemple 3 :** le problème des validation législatives : le législateur peut intervenir pour influencer sur le déroulement de l'instance, c'est autorisé mais uniquement pour un impérieux motif d'intérêt général selon la Cour EDH, un simple risque financier n'est pas suffisant.

Le Conseil Constitutionnel fin 1990 avait vu venir ce problème et avait tenté de corriger mais le 28 Octobre 1999 un arrêt de la Cour EDH Zielinski et autres c/ France a condamné. Ici la loi de validation avait été déclarée conforme par le Conseil Constitutionnel mais la Cour EDH a fait remarquer que si la loi est conforme à la Constitution ça ne veut pas pour autant dire qu'elle est conforme à la Convention. Aujourd'hui on essaye de tenir compte de cela. Un arrêt de la Cour d'Appel de Limoges du 13/03/2000 en Chambre Sociale a repris la logique de la Cour EDH sur la différence entre constitutionnalité et conventionnalité.

On peut trouver des arrêts sur des lois de validation : ex : Conseil d'Etat 29/07/2002 Griesman : il s'agit du problème de l'égalité entre Hommes et Femmes en matière de rémunération. Dans la fonction publique il y avait une règle qui ne bénéficiait qu'aux Femmes pour la retraite et qui leur accordait une bonification de un an de cotisation par enfant. M. Griesman a contesté un arrêté qui ne tenait pas compte de cette bonification, le CE a fait un renvoi préjudiciel devant la Cour EDH et le 29/11/2000 dans l'arrêt Griesman c/ France la Cour EDH indique qu'il y a une discrimination à l'encontre des Hommes, le CE a appliqué cet arrêt. L'administration a eu deux mois pour corriger la pension de M. Griesman.

Remarques :

- Parfois le juge national n'attend pas la condamnation pour corriger. Ainsi certains Etats non condamnés corrigent par anticipation. Le tribunal Fédéral Suisse a cette habitude. Le juge Français le fait de plus en plus, M. Burgelin l'a fait remarquer le 11/01/2001 « Le juge come le Ministère Public est porté à anticiper ... ».
- Il peut arriver qu'il y ait une résistance du juge interne. Ex : sur la mise en état la Cour de Cassation a mis du temps puis a cédé lorsque avec l'arrêt Papon la Cour EDH a rendu un arrêt contre la France.
- Le juge administratif peut résister, ex : sur l'effet direct des directives. Le CE a été accusé dans l'arrêt Kress c/ France à propos du rôle du commissaire du Gouvernement : dans l'affaire la requérante devant la Cour EDH reproche d'une part qu'on ne lui ait pas communiqué les conclusions du Commissaire du Gouvernement et d'autre part que le tribunal ait délibéré avec le commissaire du Gouvernement même si celui-ci ne vote pas. La Cour EDH a constaté une violation pour le 2<sup>ème</sup> reproche mais pas pour le premier. Le CE a évolué sur le 1<sup>er</sup>

point mais fait de la résistance sur le 2<sup>ème</sup>. La Cour EDH a à nouveau condamné le CE sur ce point dans l'arrêt Theraube c/ France le 10 Octobre 2002.

Voyons des exemples en matière de correction législative ou réglementaire voire même Constitutionnelle.

Exemple 1 : Le contrôle des écoutes téléphoniques : dans le Code Pénal il y a des dispositions qui ont été jugées, par l'arrêt du 24 Septembre 1990 Huvig et Kruslin c/ France, comme n'étant pas assez précise. La loi du 10/07/1991 a mis en œuvre cette interprétation.

Exemple 2 : L'arrêt Mazurek : il y a eu le 3/01/2002 une disparition de la discrimination entre enfants adultérins et légitimes.

Exemple 3 : dans la loi du 15/06/2000 en matière pénale on voit que l'article 1 précise qu'un article préliminaire a été ajouté en tête du Code Pénal, ce nouvel article reprend une synthèse des principes de la Convention EDH. Dans l'article 89 de cette loi on traite du mécanisme de réexamen d'une décision pénale.

La contrainte internationale existe et est très forte, elle est logique car il y a une primauté du fait du consentement de l'Etat à ces normes.

## **Section II : La garantie des droits et libertés fondamentaux :**

La proclamation sans la protection des DLF ne conduit pas à une effectivité de ces derniers. Il faut des mécanismes de garanties et de protection les plus efficaces possibles.

- Pourquoi faut-il garantir ? Car si on ne le fait pas on en restera à l'énonciation.
- Contre qui garantir ? Contre les violations de l'autorité publique (législatif et exécutif) mais aussi contre les personnes privées (les DLF fonctionnent horizontalement et verticalement).

Il faut cesser de croire que les lois ne peuvent pas être liberticide. Les DLF ne sont effectifs que s'il y a une protection contre l'exécutif et le législatif.

- La violation des DLF peut-elle venir du peuple en cas de référendum ? Oui car en France il n'y a pas de contrôle de Constitutionnalité des projets de loi soumis au peuple.
- Comment protéger ? La meilleure garantie c'est la justiciabilité, l'accès au juge pour constater et corriger la violation. Il ne faut pas se limiter au recours juridictionnel pour la protection car il y a beaucoup de mécanismes supplémentaires, de plus tous les DLF ne sont pas justiciables et enfin dans certaines circonstances de violation massive la justiciabilité n'a pas de sens il faut alors garantir politiquement.

Il peut y avoir une autoprotection. Il y a une complémentarité entre droit interne et international.  
la limite que comporte le recours au juge c'est qu'il faut parfois des mécanismes préventifs.

## **Paragraphe I : Le contrôle politique :**



Il y a des interactions entre les différents niveaux : interne et international.

### **A) Le contrôle exercé au niveau national :**

Parlons d'un mode de contrôle : l'autoprotection des libertés publiques (G. Lebreton), c'est lorsqu'on se sert d'une liberté publique afin d'en défendre une autre.

Ex : on peut utiliser la liberté de la presse qui est une liberté majeure pour en protéger d'autres.

La Cour EDH utilise une formule standard sur la liberté du journaliste et de la presse « c'est le chien de garde de la société démocratique ». Ex : arrêt Colombani.

Ex 2 : la liberté de manifester sur la voie publique peut permettre de défendre d'autres DLF.

Dans son manuel G. Lebreton cite la défense de la liberté d'enseignement par la liberté de manifestation. En 1984 A. Savary le ministre de l'éducation avait déposé un projet devant le Parlement sur l'enseignement privé, il y a eu de grandes manifestations contre ce projet et il a été retiré, de plus A. Savary a disparu de la scène politique. En 1986 le Ministre de l'Education Nationale A. Devaquet a préparé un texte qui a été interprété comme ouvrant la voie à une sélection à l'entrée de l'Université, on a manifesté pour l'égalité ....

Ex 3 : on utilise la liberté d'association qui permet de disposer de structures permanentes pour défendre des DLF ex : la LICRA, le MRAP....

Les grandes démocraties contemporaines demeurent fondamentalement des démocraties représentatives (démocraties dans laquelle la personne n'intervient que comme électeur pour voter). Les démocraties ont été aménagées. On peut imaginer des systèmes de défense à l'intérieur de ces systèmes.

Aujourd'hui certains auteurs ont développé le concept selon lequel il y aurait une démocratie continue dans laquelle les citoyens ont d'autres formes d'intervention que l'acte électoral.

Lorsque les atteintes aux DLF prennent des formes graves et extrêmes au point qu'elles atteignent les valeurs morales se pose le problème de la désobéissance civile ou à la loi, de la résistance à l'oppression.

### **I) Le recours au procédé de la démocratie représentative :**

Prenons trois éléments : le citoyen lui-même, le Parlement, le rôle du Chef de l'Etat comme gardien des DLF.

#### **1) Le citoyen :**

Le rôle du citoyen se limite à intervenir de façon épisodique par le suffrage. Ca a une

conséquence : les représentants sont revêtus d'un mandat représentatif ce qui est différent d'un mandat impératif. Il n'y a pas de possibilité de contrôler les représentants pendant le mandat, il est autonome et décide. Phrase au XVIII de Condorcet dans une lettre de remerciement à ses électeurs « vous m'avez envoyé à l'assemblée pour exprimer mes idées, pas les vôtres ».

Le représentant est autonome, il ne reçoit pas de directive et est irrévocable. Comment l'électeur peut-il défendre les DLF ? Il peut le faire dans l'acte électoral en parlant des problèmes et des risques, de comment améliorer, il peut ne pas renouveler les mauvais représentants... Cet exercice suppose une maturité politique, ce citoyen doit avertir et sanctionner par son vote. C'est une fonction théorisée au XXème par un philosophe Autrichien Karl Popper qui dans son livre « La société ouverte et ses ennemis » parle du rôle du citoyen « la démocratie permet de se débarrasser d'un gouvernement sans effusion de sang par un changement de représentants ».

## **2) Le Parlement :**

C'est l'incarnation de la souveraineté nationale et il est censé protéger les DLF, les Parlementaires ont pour ce faire : l'initiative législative, le droit d'amendement pour corriger, et toutes les techniques pour empêcher des textes dangereux de passer ; ils peuvent aussi au contraire aider des textes protecteurs. Il y a des commissions et en dernier recours la possibilité d'une motion de censure.

Dans la réalité des systèmes politiques modernes c'est la discipline partisane qui prévaut, les techniques de contrôle Parlementaires sont utilisés de façon différentes : le représentant isolé et vertueux n'existe pas. Le Parlementaire n'est pas libre il appartient à une majorité ou une opposition.

## **3) Le Chef de l'Etat :**

Peut-il garantir les DLF ? B. Constant dans ses écrits avait développé un rêve : l'idée qu'il était possible d'avoir un pouvoir neutre qui préserverait et réparerait sans être hostile. Ce personnage pourrait en raison de son indépendance garantir les DLF.

Selon l'article 5 de la Constitution le Président de la République veille au respect de la Constitution et donc des DLF. Le décalage entre l'apparence et la réalité est grand.

En France on sait que la Vème République fonctionne selon la conjoncture politique du moment. Quand il y a une concordance des majorités il y a un fonctionnement et quand il y a cohabitation il y a un autre fonctionnement. Dans les deux cas le Président de la République est un partisan. Lors de la 1<sup>ère</sup> cohabitation en 1986 François Mitterrand avait adressé le 8 avril un message au Parlement où il disait qu'il avait obligation de garantir l'indépendance de la justice et de défendre la Constitution et les DLF. Même chose le 7/06/1997 mais cette fois ci de la part de Jacques Chirac.

Au-delà de ces déclarations la fonction Présidentielle est indissociable d'un combat politique afin de rester au pouvoir. Est-ce propre au système Français ?

Dans d'autres régimes le Chef de l'Etat est plus en accord avec l'idéal du gardien des DLF car il n'est pas engagé dans les luttes politiques ce qui en fait une vraie autorité morale avec les moyens pour empêcher l'entrée en vigueur de textes liberticides :

- En Allemagne le Président de la République peut refuser la promulgation d'une loi.
- En Italie le Président a contenu les volontés de Silvio Berlusconi.
- En Espagne le Roi a eu un rôle capital.
- Le Président Tchéque Vaclav Havel a eu lui aussi un rôle important.

## **II) Les procédés de la « démocratie continue » :**

Cette expression de démocratie continue a été initiée en Avril 1992 par Dominique Rousseau dans un colloque « à la recherche de la démocratie continue ». La démocratie continue est un perfectionnement. On peut donner deux définitions :

- Relève de la démocratie continue toutes les techniques qui permettent l'exercice de la démocratie entre les périodes électorales.
- C'est le contrôle continu et effectif en dehors des moments électoraux de l'action des gouvernants.

Quelles sont ces techniques ?

- Le référendum : tout dépend de ce que prévoit la Constitution. Ex : En Suisse il y a souvent des référendums. En France cette procédure est limitée. Dans certains systèmes il y a l'initiative populaire et parfois même un veto populaire. En Italie il existe même la procédure du référendum abrogatif. Ce système est à la fois bon et mauvais. Jacques Delors disait qu'un référendum est toujours obscur. Le référendum est rempli d'illusions et peut conduire à un gouvernement des préjugés. Il faudrait pour le rendre moins dangereux un contrôle préventif de Constitutionnalité.
- Les sondages d'opinion : c'est une consultation électorale miniature, ce pourrait être un moyen de connaître l'opinion.
- Les médias permettent un contrôle des gouvernants. Ils sont une très bonne chose si toutefois ils ne sont pas une simple résonance des lobbies.
- La démocratie électronique : ce serait la possibilité pour les Gouvernants d'être en ligne directe avec les citoyens. Aux Etats-Unis Ross Perot avait développé l'idée que le Président de la République soit en liaison directe avec les citoyens. Ça a été imaginé dans certaines communes. Cette démocratie là reste encore une illusion.
- La justice constitutionnelle : le recours à ce juge comme nouvel espace de démocratie populaire, contrôle de la constitutionnalité des lois. Ce peut être une bonne chose.

## **III) La désobéissance civile :**

---

Remarques sur le droit de pétition :

C'est un droit ancien non lié à l'existence d'un régime démocratique. C'est une demande adressée au souverain pour obtenir justice ou une faveur, on parlait du « placet » (il est jugé bon de...). C'est une supplique. C'était très pratiqué sous l'ancien régime. Le grand moment du droit de la pétition c'est le début de la Révolution et la période des chartes constitutionnelles (1791), il y avait dans l'esprit des constituants deux idées :

- Demander.
- Revendiquer.

Ce droit a été exercé dans les conditions particulières (collectif), les pétitionnaires viennent à la

barre de l'Assemblée : ils demandent une nouvelle législation, se plaignent ou demandent la démission et le jugement des « mauvais » élus (épuration de la convention). Les Constitutions qui ont suivi en 1795 et 1799 ont conservé les pétitions mais ont exigé qu'elles soient individuelles.

A l'époque des Chartes les pétitions sont devenues un mécanisme de contrôle. Par la suite la référence aux pétitions disparaît mais il n'a pas disparu du droit positif : on le trouve dans l'ordonnance du 17/11/1958 mais il y a des garanties importantes : les pétitions ne doivent qu'être envoyées sinon il y a des sanctions pénales. On a utilisé les pétitions pour :

- Les écoles laïques.
  - Le droit de vote des étrangers aux élections locales.
- 

Le thème de la désobéissance à la loi ou au droit est intéressant mais problématique et paradoxal.

Le droit peut-il permettre de ne pas le respecter. Il y a trois récurrences :

- Celle de la désobéissance à la loi dans l'histoire.
- Celle des essais de théorisation de la désobéissance.
- Le caractère paradoxal, l'impossibilité pour le droit de régler le problème.

### **1) La récurrence de la désobéissance à la loi dans l'histoire :**

Prenons quelques exemples :

Ex1 : Au Vème siècle avant Jésus Christ Sophocle (Grec) a écrit la pièce Antigone. Il s'agit de savoir si Antigone doit obéir à la loi de Créon qui lui interdit d'inhumer son frère Polynice, ou si elle doit inhumer selon ce qu'elle estime être son devoir ; elle choisit les lois divines. Le simple mortel qu'est Créon ne peut pas s'opposer aux lois non écrites et immuables des Dieux ?

Ex 2 : Les martyrs Chrétiens. L'Empereur dicte le culte et les Chrétiens s'y opposent.

Ex 3 : En France au XVIème au lendemain de la Saint Barthélemy (nuit du 23 au 24 août 1572), il y a un mouvement de résistance des protestants.

Ex 4 : La révolte des Colons Britanniques d'Amérique du Nord. Ils s'opposent aux lois du Parlement, c'est la déclaration d'indépendance du 4/07/1776.

Ex 5 : La révolution Française est un acte d'insurrection majeur en juin 1789, les Etats généraux convoqués par le Roi s'auto proclament Assemblée Nationale puis Constituante.

Ex 6 : E. Sieyès en Janvier 1789 parle du Tiers Etat et justifie l'entrée en résistance de celui-ci. Il pose trois questions : qu'est ce que le Tiers Etat, qu'est-il, que cherche-t-il à devenir ?

Ex 7 : L'insurrection Vendéenne était une rébellion contre le pouvoir révolutionnaire. Ils veulent défendre leur foi et le Roi.

Ex 8 : Au XIX aux Etats-Unis il y a la révolte des esclaves, l'esclavage a perduré jusqu'à la guerre de sécession. Ils se révoltent contre les lois et les pratiques. Henry David Thoreau a eu un comportement courageux : il s'est opposé à l'esclavage et a prôné la désobéissance fiscale. Il a écrit un ouvrage en 1849 « de la désobéissance civile ».

Ex 9 : au XXème Siècle Gandhi a organisé la résistance non violente par le boycott. La résistance passive a été très importante (grande influence).

Ex 10 : Sous Vichy en France on se demande comment qualifier les pouvoirs qui cohabitent : le pouvoir de Vichy qui se dit légal et le pouvoir de Londres qui se dit légitime.

Ex 11 : La Guerre d'Algérie, il y a eût des actes de rébellion à partir de 1956 dans le contingent (désertion, prise de positions d'intellectuels avec le manifeste des 121 qui appelle à l'insoumission).

Ex 12 : Pour le Vietnam on a retrouvé la même chose.

Ex 13 : Martin Luther King contre la ségrégation. Cette ségrégation a disparu grâce aux combats de ces hommes comme MLK et sa marche sur Washington pour les droits civiques. En 1954 de grands textes ont été adoptés pour les droits civiques.

Ex 14 : Début 1970 le problème de la France et de l'IVG en 1971, il y a eu la déclaration des 343, 343 femmes qui affirmaient avoir avorté et ont demandé à être poursuivies. En 1975 la loi Weil a réglé le problème.

Ex 15 : En 1997 M. Debré Ministère de l'Intérieur avait fait soumettre une loi sur l'entrée et le séjour des étrangers. Dans l'article 1 il y avait une disposition qui obligeait toute personne hébergeant un étranger à déclarer son départ », il y a eût un appel à la désobéissance.

Cette récurrence pose le problème de la classification des formes de désobéissance. Il faudrait des critères de classification. Il y a trois grandes formes :

- L'objection de conscience : c'est le fait d'une personne qui désobéit à la loi du fait de ses convictions, mais qui ne cherche pas à rassembler les autres. Ex : les témoins de Jéhovah qui refusent certains actes. Elle est parfois reconnue par la loi.
- La désobéissance civile à proprement parler : elle suppose une revendication collective et pacifiste, les gens qui l'exprime cherchent à convaincre.
- La résistance avec recours à la force : rébellion ou révolution.

## **2) La récurrence de la théorisation de la désobéissance à la loi :**

Dans un premier temps on va s'intéresser au Christianisme puis aux théoriciens de la philosophie des lumières puis au théoricien du XIX puis aux modernes.

### **a) Dans le cadre du Christianisme :**

Cette question s'est vite posée, dans les Evangiles la question de l'obéissance à la loi de Rome est

Présente « Rendez à César ce qui est à César ... », cette phrase peut être comprise dans plusieurs sens :

- Ce peut être compris comme une séparation entre l'Eglise et l'Etat.
- Ce peut être compris comme l'établissement d'une hiérarchie.

Le message du Christ était-il politique ou non « Mon Royaume n'est pas de ce monde ». Le

premier qui a théorisé c'est le vrai fondateur du Christianisme : St Paul (Epître Romaine de St Paul Chapitre 13 Versets 1 à 7).

Un autre grand théoricien dans le Christianisme c'est Saint Augustin. Au début du Vème il a écrit « La Cité de Dieu » et a influencé l'Europe Occidentale jusqu'au moyen âge (XIIIème). La thèse de St Augustin est facile à comprendre :

- On distingue la cité de Dieu (la Communauté des croyants) de la cité terrestre. La Cité Terrestre est légitime si elle respecte la justice. C'est l'idée que la norme injuste n'est pas une loi.

St Thomas d'Aquin est une référence incontournable dans la pensée occidentale : il a écrit « La

somme Théologique » qui est un livre énorme. Il utilise la méthode scolastique ; il y a des liens avec St Augustin mais il essaye de concilier la Théologie de St Augustin et la pensée Grecque antique (retour à Aristote).

C'est l'horizon qui limite le pouvoir politique mais il faut une loi positive et le Roi a le droit de punir il y a donc un devoir d'obéissance si la loi n'est pas injuste sinon il y aura la question du tyrannicide : sur cette question St Thomas d'Aquin fait la différence entre :

- L'usurpateur que tout le monde peut tuer et
- Le prince légitime pour lequel il faut procéder à une révolution avec la limite qu'elle ne provoque pas plus de désordre que celui qu'on déplore.

La norme injuste n'est pas une loi : « « Toute loi portée par les hommes n'a raison de loi que dans la mesure où elle découle de la loi naturelle. Si elle dévie en quelque point de la loi naturelle, ce n'est alors plus une loi mais une corruption de la loi ».

On retrouvera une théorisation de la désobéissance à la loi au lendemain des guerres de religion. Certains auteurs Protestants vont théoriser au lendemain de la Saint Barthélemy : Théodore de Bèze en 1575 a écrit « du droit des Magistrats sur leurs sujets ». Il reprend la thèse du contrat social. Lorsque le pouvoir politique ne respecte pas les droits de l'Homme il perd sa légitimité et ouvre la porte à la résistance. Le peuple ne doit rien faire seule la Senior Pars doit agir.

En 1689 un Pasteur Calviniste Français : Pierre Jurieu développe cette thèse : selon lui on peut s'opposer aux lois injustes par tous les moyens.

Au XVII, en 1709 Bossuet fait paraître « Politique tirée des propres paroles des écritures Saintes », il réfute les théories de Jurieu et offre peu de résistance aux sujets du Roi. Il a une position de repli, il y a plus d'inconvénients que d'avantages dans la rébellion. Dans le Christianisme ce débat est toujours présente, dans les Encycliques Papales actuelles on

retrouve des affirmations de Thomas d'Aquin comme par exemple en 1995 dans l'Evangelium Vitae :

« Les lois qui autorisent et favorisent l'avortement et l'euthanasie s'opposent, non seulement au bien de l'individu, mais au bien commun et, par conséquent, elles sont entièrement dépourvues d'une authentique validité juridique. En effet, la méconnaissance du droit à la vie, précisément parce qu'elle conduit à supprimer la personne que la société a pour raison d'être de servir, est ce qui s'oppose le plus directement et de manière irréparable à la possibilité de réaliser le bien commun. Il s'ensuit que, lorsqu'une loi civile légitime l'avortement ou l'euthanasie, du fait même, elle cesse d'être une vraie loi civile, qui oblige moralement.

73. L'avortement et l'euthanasie sont donc des crimes qu'aucune loi humaine ne peut prétendre légitimer. Des lois de cette nature, non seulement ne créent aucune obligation pour la conscience, mais elles entraînent une obligation grave et précise de s'y opposer par l'objection de conscience. »

Ex : l'avocat ne doit pas plaider les causes de divorce.

Ex : le médecin doit s'opposer à l'IVG....

Il n'y a pas le Christianisme qui a théorisé.

#### **b) Au XVIIème Siècle :**

Deux Anglais : John Locke et Thomas Hobbes sont des auteurs qui ont influencé leur temps aux Etats-Unis et en France.

Hobbes a influencé Rousseau, dans « le Léviathan » de 1651. C'est un théoricien de l'absolutisme. Il faut, selon lui, un pouvoir terrifiant pour lutter contre les passions de l'Homme mais il y a un droit naturel inaliénable : le droit à la sécurité qu'on ne peut pas transférer. On ne se soumet à ce pouvoir terrible que s'il assure la sécurité, s'il n'est plus apte à protéger il y a un droit de désobéissance.

Chez Locke dans ses traités de 1690 il y a une théorie selon laquelle ils n'abandonnent pas leurs droits naturels par le pacte social. Ils n'ont pas conclu un contrat mais un « Trust », une mission, une charge qui pèse sur le pouvoir : il doit garantir et respecter les droits naturels et surtout le droit de propriété : vie, liberté, et biens.

Ces droits naturels sont inaliénables et il y a un pouvoir de résistance si le pouvoir manque à son devoir. Lorsque la résistance est collective elle doit être l'ultima ratio. Ces deux traités de 1690 paraissent après la deuxième révolution Anglaise de 1688 et le « Bill of Rights » de 1689.

#### **c) Au XIXème siècle :**

Benjamin Constant était un théoricien, un homme politique et un auteur de roman, il fût un adversaire de Napoléon Ier, il a beaucoup réfléchi sur la question des limites du pouvoir majoritaire dans son ouvrage de 1815 « principes applicables à tous .... En 1997 quand on a résisté à la loi Debré on s'est référé à B. Constant. S. Todorov a écrit un article et a dit

« L'obéissance à la loi est un devoir ; mais, comme tous les devoirs, il n'est pas absolu, il est relatif ; il repose sur la supposition que la loi part d'une source légitime, et se renferme dans ses justes bornes. Mais aucun devoir ne nous lierait envers des lois qui non seulement restreindraient nos libertés légitimes et s'opposeraient à des actions qu'elles n'auraient pas le droit d'interdire mais qui nous (en) commanderaient de contraires aux principes éternels de justice et de pitié, que l'homme ne peut cesser d'observer sans démentir sa nature. »

il ajoute

« il est nécessaire d'indiquer les caractères qui font que la loi n'est pas une loi ». Benjamin Constant avait dit « la souveraineté du peuple est circonscrite, la volonté d'un peuple ne peut pas rendre juste ce qui est injuste ».

Cette obsession de B. Constant on le retrouve au XIX chez A de Tocqueville et J. Stewart Mills ils ont été très attentifs aux risques que comporte le gouvernement de la majorité tout comme J. Madison un constituant Américain.

Alexis de Tocqueville il a vécu dans la 1<sup>ère</sup> moitié du XIXème, c'était un aristocrate qui comprend que la démocratie est irréversible. Il a écrit « de la démocratie en Amérique » : il est lucide et visionnaire, il craint que les démocraties ne créent des difficultés à la liberté. La liberté pourra-t-elle survivre à la démocratie dont l'obsession est l'égalitarisme, le nivellement ce qui crée risque de despotisme avec une société d'Hommes semblables en tout points : C'est le rêve des Hommes dispensés « du trouble de penser et de la peine de vivre ».

Pour lui tout système politique est dangereux on risque d'aboutir à une médiocratie mais n'y sommes nous pas déjà parvenu ?

Tocqueville est tiraillé entre deux logiques :

- La logique de la démocratie où une majorité décide.
- La logique de la justice : la majorité ne peut pas imposer une loi injuste.

« Je regarde comme impie et détestable cette maxime, qu'en matière de gouvernement la majorité

d'un peuple a le droit de tout faire, et pourtant je place dans les volontés de la majorité l'origine de tous les pouvoirs. Suis je en contradiction avec moi même ? » il ajoute « La toute puissance me semble en soi une chose mauvaise et dangereuse. Son exercice me paraît au dessus des forces de l'homme, quel qu'il soit, et je ne vois que Dieu qui puisse sans danger être tout puissant, parce que sa sagesse et sa justice sont toujours égales à son pouvoir. ». Dans tout système politique il y a un danger, il suggère des remèdes qui viennent de ses observations sur le système Américain. Il est important selon lui d'installer des contrepouvoirs et une décentralisation qui peut aller jusqu'à un Etat fédéral. Il faut respecter la liberté de la presse et la liberté d'association. Il y en ultima ration la résistance ;

Dans la théologie Chrétienne, chez les théoriciens du XIX et du XX il y a toujours eu cet effort de théorisation surtout dans le monde anglo-saxon et aux Etats-Unis au XXème comme Hannah Arendt John Rawls et R. Dworkin. Leurs écrits sont très discutés ainsi que leur thèses sur la justice, cela montre la vitalité du thème. En France certains auteurs comme Patrick Wachsmann ont traité du sujet.

Au moment de la discussion sur la loi Debré un philosophe : E. Balibar qui a beaucoup écrit sur la pensée de Marx explique dans un article du 19/02/1997 pourquoi il faut résister.



### **3) La récurrence de l'ambiguïté :**

Il y a des difficultés d'inscrire la résistance à la loi dans le droit, en effet comment permettre d'inscrire une telle chose dans le droit, c'est une contradiction et pourtant les textes juridiques n'ignorent pas la résistance à la loi.

Ex1 : Dans la déclaration Américaine d'indépendance de 1776 il y a un discours qui s'attache à justifier la révolution des colons, ils avaient le droit et le devoir de se soulever

« Toutes les fois qu'une forme de gouvernement devient destructive de ce but, le peuple a le droit de la changer ou de l'abolir et d'établir un nouveau gouvernement, en le fondant sur les principes et en l'organisant en la forme qui lui paraîtront les plus propres à lui donner la sûreté et le bonheur »

Ex 2 : Du côté Français dans la DDHC de 1789 article 2 on évoque ce problème « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.» la résistance à l'oppression est dans le droit positif. Dans le préambule on est frappé par le souci de placer le peuple dans une situation où il peut comparer les actes et les buts des associations politiques.

Ex 3 : La Constitution de 1793 dite Montagnarde ou de l'an I dans son article 33 dispose : « La résistance à l'oppression est la conséquence des autres Droits de l'homme »

Ex 4 : Le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 16/01/1982 sur la loi de nationalisation a réaffirmé le droit de propriété en disant que l'article 2 de la Constitution a placé le droit de propriété au même rang que la liberté, la sûreté .... :

« Considérant que l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 proclame : Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ; que l'article 17 de la même Déclaration proclame également : La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

La loi rend possible la désobéissance. Peut-on aller au-delà ? Qu'en est-il de la réalité de cette résistance ?

Ex 1 : Dans la déclaration de 1789 l'article 7 est important, il traite de la légalité des arrestations et détentions.

« Nul homme ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant ; il se rend coupable par la résistance. »

Ici la résistance est coupable.

Ex 2 : Dans le nouveau code pénal il y a le délit de rébellion constitué indépendamment de la légalité de l'acte de l'autorité publique.

Ex 3 : Dans la loi du 13/07/1983 qui régit le statut des fonctionnaires il est dit que le fonctionnaire doit obéir mais il peut refuser d'obéir à un acte manifestement illégal. Ce n'est pas un refus général. On retrouve la même conception pour les militaires (désobéissance à un ordre manifestement illégal).

« Tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie, est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées. Il doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public.

Il n'est dégagé d'aucune des responsabilités qui lui incombent par la responsabilité propre de ses subordonnés. »

Il y a longtemps qu'on s'intéresse à cette ambiguïté : J. Barthelemy et P. Duez qui a écrit un traité de droit constitutionnel dans lequel il est dit que cette théorie de la désobéissance est politique et non juridique.

Cette difficulté qu'a le droit à réglementer la désobéissance à la loi on peut la constater à différentes époques.

Ex 1 : Condorset et St Just ont participé au projet de constitution Girondine « dans tout Gouvernement libre il faut régler par la Constitution le droit à la désobéissance » ils avaient proposés un mécanisme de censure des lois : pour se débarrasser des mauvaises lois le peuple aurait pu soumettre lui-même des propositions : si ce point de vue est accepté par les électeurs le législateur aurait du suivre et abroger les lois illégitimes et renvoyé les votants de cette loi.

La désobéissance à la loi n'est pas le seul procédé.

## **B) Le contrôle politique au niveau international :**

Il y a des cours spéciaux dans ce domaine. Quand on examine ce contrôle ce qui frappe c'est la diversité des moyens et le caractère aléatoire des résultats.

Distinguons tout d'abord entre :

- L'attitude des Etats en dehors des cadres internationaux : lorsqu'ils agissent à titre unilatéral, en fonction des moyens qu'il peuvent mobiliser pour réagir contre des mesures jugées attentatoires au DLF. C'est ce que l'on appelle le principe des contre mesures pour protéger les DLF ou d'autres intérêts.
- L'attitude des Etats dans le cadre des organisations internationales où il y a une institutionnalisation.

### **1) Le recours aux contre-mesures :**

Dans cette hypothèse : sans utiliser les organisations internationales les Etats ou groupes d'Etats réagissent à une action qu'ils jugent attentatoires. Il ne faut pas confondre contre-mesures et sanctions.

Comment agir ici ? Il y a plusieurs moyens :

- Dans le cadre des relations diplomatiques on peut rompre les relations diplomatiques et renvoyer l'ambassadeur.
- Retirer des avantages.
- Prendre des mesures contre les dirigeants des Etats (gels des intérêts).
- On peut suspendre la coopération.

Ex : depuis le début des années 1960 les Etats-Unis imposent un embargo à Cuba. La loi qui a été prise pour fonder ces contre mesures invoque les nationalisations et le régime local jugé attentatoire aux droits de l'Homme.

Ces contre-mesures sont-elles efficaces ? Ca dépend. Le problème de ce contre-mesures et qu'elles ne doivent pas franchir certaines limites :

- Elles doivent être proportionnées.
- Elles sont exclusives du recours à la force sauf en cas de réaction à une agression armée (article 51 de la Charte des Nations Unies).

Une jurisprudence de la Cour Internationale de Justice (organe des nations unies qui règle les différents entre Etats) de La Haye du 27/06/1986 concernant les Etats-Unis et le Nicaragua précise cela. Les Etats-Unis voulaient se débarrasser du régime du Nicaragua jugé attentatoires aux droits de l'Homme et ils avaient utilisés des mesures armées, le principe a été rappelle et les Etats-Unis condamnés.

## **2) Le contrôle politique dans les Organisations Internationales :**

Il y a deux catégories d'OI : les OIG et les ONG, on laisse tomber les ONG malgré leur rôle non négligeable. Les ONG ont été à l'origine d'un concept énigmatique : l'ingérence humanitaire ou démocratique.

Pour les OIG : ce sont des associations d'Etats et on peut adopter des mesures coercitives ou non.

Les mesures non coercitives peuvent être :

- Les recommandations appellent l'Etat au respect des textes et accords, c'est ce que fait la commission des droits de l'Homme des nations unies, elle vote des résolutions qui condamnent les Etats. On demande à l'Etat de respecter ses engagements (dans la charte des nations unies par exemple). Ici il n'y a pas de sanctions juste des incitations.

Les mesures coercitives : ce sont les vraies sanctions, elles sont à la disposition de toutes les OI universelles ou régionales, elles peuvent frapper l'Etat dans son statut au sein de l'organisation (suspension, expulsion).

Ex : l'article 7 dans le traité sur l'UE prévoit des sanctions politiques qui ont été perfectionnées avec Nice, on peut maintenant agir préventivement. Il y a eu un seul exemple de ces mesures avec l'Autriche mais ça n'a pas eu beaucoup d'effet.

Ex 2 : Au sein du Conseil de l'Europe on a des possibilités de sanction mais qui sont utilisées modérément (ex : la Russie n'est pas sanctionnée du tout, il n'y a même pas de suspension malgré l'irrespect des DLF).

Le summum des mesures c'est aux Nations Unies les sanctions du chapitre 7 de la Charte. L'article 39 inventorie des situations qui permettent de réagir par des sanctions même militaires :

- Rupture de la paix.
- Aggressions militaires.
- Menace contre la paix (une violation massive des DLF peut mener à cette situation) :

L'usage de ces dispositions a déjà eu lieu comme par exemple l'action militaire à Haïti en 1994 pour établir une démocratie. Ca ne donne pas toujours des bons résultats. La paix peut intégrer une dimension DLF.

La « menace pour la paix » n'est pas définie : est une menace pour la paix une situation ainsi qualifiée par le conseil.

L'aspect aléatoire des résultats vient de la politisation du contrôle.

### **Paragraphe II : Le contrôle exercé par un organe indépendant :**

Qu'en est-il de l'indépendance de cet organe ? Il faut que l'organe soit vraiment indépendant, le statut ne suffit pas à garantir l'indépendance, seule la personnalité permet de garantir l'indépendance. Il faut distinguer entre les organes qui sont ou non juridiques et au sein de cette distinction il faut distinguer le niveau interne et international.

#### **I) Le recours à un organe non juridique :**

On va les présenter sur le terrain interne et international. Ils sont nommés par des autorités politiques ce qui n'entache pas pour autant leur indépendance.

##### **A) Au plan national :**

Il y a ici une grande diversité d'organes pour pacifier la vie sociale, on croque sous les comités dits Indépendants, tous n'ont pas pour objectif de protéger les DLF. Certains protègent l'activité économique comme le Conseil de la concurrence qui intéresse la liberté d'entreprendre, ils peuvent agir selon des éléments d'opportunités. On va s'intéresser à ceux qui protègent les DLF.

##### **1) Les Autorités Administratives Indépendantes :**

C'est une forme intéressante, la 1<sup>ère</sup> apparition a lieu le 3/01/1973 c'est le médiateur devenu depuis 1989 médiateur de la république. Le 6/01/1978 la CNIL fait son apparition. Leur qualification a posé problème.

Le CE s'est prononcé le 10/07/1981 dans l'arrêt Retail et s'est interrogé sur la nature juridique du médiateur : c'est bien une Autorité Administrative, cette qualification est

compréhensible, ce n'est pas une juridiction, il est rattaché à l'exécutif donc c'est bien une autorité administrative.

Certaines AAI sont elles des autorités ? On distingue les AAI sans pouvoirs de décision et celles qui ont un pouvoir de décision. Seules celles qui ont un pouvoir de décision sont des autorités. On peut discuter de chaque terme. C'est une catégorie hétérogène.

On va différencier les autorités sans pouvoir de décision puis celles avec.

#### **a) Les AAI sans pouvoirs de décision :**

**Le médiateur de la République** M. B. Stasi ne parle pas beaucoup de lui sauf quant il remet son rapport annuel. Plusieurs lois l'ont concerné : 1973, 1976, 1989. Quel est son rôle : il se prononce sur des réclamations qui viennent des administrés dans leurs rapports avec tout organisme de l'Etat ; on peut dénoncer les dysfonctionnements du Service Public.

Le médiateur ne peut pas être saisi par un agent administratif, il n'est pas compétent non plus quand une procédure judiciaire est déjà en cours.

Les personnes physiques ou morales ne peuvent pas le saisir directement, il faut passer par un Sénateur ou un Député et le convaincre et c'est lui qui saisit le médiateur.

Une fois saisi il va examiner, s'informer par ses délégués départemental (232) puis adresser des recommandations à l'administration en cause. Ce qui est intéressant c'est que le médiateur peut demander la non application du droit en vigueur pour respecter l'équité.

Si l'administration résiste il va publier ses recommandations et épingler les administrations. Il peut suggérer des réformes mais on voit que les possibilités sont limitées.

Il peut lorsqu'il y a inexécution d'une décision de justice définitive menacer l'administration concernée de publier un rapport spécial et il peut engager contre tout agent une procédure disciplinaire ou saisir d'une plainte la juridiction répressive.

En 2001 sur 58.000 affaires seules 28% ont justifié une intervention.

**Autre AAI : le défenseur des enfants** crée par la loi du 3/03/2000 : il peut être saisi directement. Si on examine la genèse de la création de cette AAI on trouve à la base la convention des nations unies sur les droits de l'enfant qui a été ratifiée par plus de 190 pays et adoptée par la France en 1990.

**Autre AAI : La CADA Commission d'Accès aux Documents Administratifs :** elle a été créée le 17/07/1978, elle peut être saisie si on arrive pas à obtenir un document important, elle enquête et rend un avis, la CADA peut déférer un refus persistant devant le juge administratif, elle a des résultats effectifs.

#### **b) Les AAI avec des pouvoirs de décision :**

C'est une révolution en France. Certains secteurs sont sensibles et il y a eu des instabilités.

Ex : la communication audiovisuelle depuis le 17/01/1989 il y a le CSA avec D. Baudis, avant il y

avait d'autres institutions instables dans ce domaine comme la Haute Autorité de la Communication audiovisuelle le 29/07/1982 puis le Comité National de l'Audiovisuel le 30 Septembre 1986 ; le CSA a résisté aux alternances politiques, pendant longtemps on a vécu sur le modèle du monopole public (ORTF).

Ces AAI ont des pouvoirs décisionnels variables et peuvent cumuler les fonctions :

- Fonction d'autorisation : le CSA donne les autorisations d'émettre.
- La CNIL : organe qui a des fonctions ambivalentes et doit être informé en cas de création de fichiers informatiques qui contiennent des informations dangereuses (race...). Il faut un avis conforme.
- La désignation : les Présidents de chaînes publiques sont désignés par le CSA avec l'ORTF c'était une décision de haute politique.
- Participation à la fonction normative : elle peuvent avoir un pouvoir réglementaire propre comme la CNIL pour la sécurité des systèmes informatiques ; le CSA pour le droit de réplique, pour l'expression politique et les émissions électorales dans le domaine public.

Le 17/01/1989 par une décision le Conseil Constitutionnel a accepté leur pouvoir réglementaire s'il n'empiète pas sur l'article 21 de la Constitution et si c'est limité.

- Dénonciation des infractions : la CNIL peut dénoncer au parquet des infractions constatées.
- Pouvoir de sanction : le 28/07/1989 une décision a été rendue sur la COB : les AAI doivent respecter les principes de la répression pénale générale. De telles autorités ne peuvent pas prononcer des peines privatives de liberté mais peuvent prononcer :
  - Des amendes.
  - Le retrait d'agréments aux sociétés boursières.
  - Le CSA contrôle le respect et peut suspendre le droit d'émettre pour une durée limitée ex : CE affaire Vortex du 20/05/1996 Skyrock a été suspendue pendant 1 jour parce qu'un animateur s'était réjoui de la mort d'un policier... On peut aller vers des sanctions plus lourdes ou le retrait de l'autorisation d'émettre.

Toutes les AAI n'ont pas tous ces pouvoirs.

## **B) Au niveau international :**

Y a-t-il de tels organes indépendants non juridiques ? Oui il y a des autorités individuelles indépendantes qui sont appelées à exercer un pouvoir moral, une fonction d'avertissement, de conseil ou de prévenir, ils ne traitent pas les plaintes.

Ex : Dans les Nations Unies il y a le Haut Commissaire aux droits de l'Homme aux Nations Unies nommé par le secrétaire général, il prévient les violations, cherche à désamorcer les conflits. Le 1<sup>er</sup> à avoir exercé ces fonctions était M. Robinson ex président d'Irlande, elle a renoncé à un deuxième mandat, elle était déçue et n'avait pas de possibilités pour agir.

**A d'autres niveaux :** au niveau régional du Conseil de l'Europe on trouve le Commissaire aux Droits de l'Homme, il n'est pas connu, il est élu par l'Assemblée Parlementaire pour 6 ans : il avertit et conseil et a une action feutrée. Il conseil de renoncer ou amender des législations.

**Au niveau des organes collégiaux indépendant internationaux :** ils ont des pouvoirs différents comme celui d'enquêter, de recommander ou de demander la réception de rapport (c'est le système de droit commun pour contrôler l'application des conventions). Il examine, demande des compléments et recommande. Il publie ses recommandations.

Il se peut que ses organes puissent traiter les plaintes mais on ne rend pas d'arrêt c'est non juridictionnel. Ex : le comité des droits de l'Homme des Nations Unies : les Etats peuvent ratifier au minimum en ne s'obligeant qu'à envoyer des rapports, ils peuvent accepter l'envoi de plaintes qui seront traitées et qui donneront des constatations et non pas des arrêts.

#### **Au niveau Régional :**

- **La Commission Européenne pour la démocratie par le droit** (commission de Venise) a été créée en 1990, c'est un organe d'experts indépendants qui traitent des questions de politiques juridiques et constitutionnelles. Cette commission pratique l'ingénierie démocratique. Ex : un Etat qui veut changer de Constitution peut demander conseil. Ex2 : un texte sur les minorités. C'est un label d'appartenance au « club » des démocraties.
- On peut citer comme organe social qui traite les plaintes : **le comité Européen des droits sociaux**. On peut adresser des plaintes collectives, il recommandera ou conseillera.
- Un organe non juridique très important est **le Comité de Prévention de la torture** créée par une convention de 1987, elle a prévu pour assurer sa sauvegarde l'intervention d'un comité indépendant composé de Magistrats. Il ne reçoit pas de plaintes, il a un rôle préventif et effectue des visites dans les lieux de détention de jour comme de nuit. Il a la possibilité d'interroger les détenus en dehors de l'administration pénitentiaire puis il dresse un rapport et fait des recommandations à l'Etat. On constate que le traité prévoit que le rapport n'est publié que si l'Etat accepte, les Etats répondent aux recommandations. De nombreux Etats ont été épinglés. Cet organe ne rend pas d'arrêt mais a une activité importante.

Le contrôle non juridique peut avoir un grand intérêt.

## **II) Le recours à un organe juridictionnel :**

C'est un mode important qui pose des problèmes :

- Qui dit recours juridique dit organe indépendant, il faut un juge indépendant (normalement il l'est par définition).
- Autre problème : on va retrouver le phénomène de la coexistence des juges internes et internationaux. Cela pose le problème de l'acceptation en droit interne de l'appréciation prétorienne des juges internationaux. Il n'y a pas de mécanismes de règlement des litiges entre juge national et international (pas de TC ou de Cour suprême à ce niveau).

## **A) Le recours au juge national :**

Il y a une contrainte qui pèse ici : de quel pays va-t-on parler ? On va privilégier le cadre Français

mais on verra rapidement d'autres systèmes. En Europe le système Français n'est pas le système de droit commun (la dualité de juridiction est quelque chose de rare. On va distinguer deux catégories de juges :

- Le juge Constitutionnel.
- Les autres juges.

### **1) Le juge Constitutionnel :**

Difficulté : si on dit le juge Constitutionnel en France on se réfère au Conseil Constitutionnel mais

en y réfléchissant ce monopole est discutable car tous les juges sont des juges Constitutionnels Ex : le juge administratif (sauf loi écran) qui fait respecter la conventionnalité des lois par référence à l'article 55 de la Constitution. En droit privé on peut vérifier la conformité d'un document ou d'une convention par rapport à la Constitution.

Dans d'autres systèmes il y a aussi une juridiction spéciale pour le contrôle de la Constitution, l'appellation Conseil Constitutionnel date de 1958 et il faudrait penser à changer et à parler de Cour ou Tribunal. En Allemagne, en Espagne et au Portugal on parle de Tribunal ; en Autriche on parle de Cour Constitutionnelle.

Le juge constitutionnel contrôle la constitutionnalité des lois. Lorsque le juge constitutionnel exerce les fonctions de juge électoral, il s'attache à ce que l'on respecte le principe de l'égalité de suffrage (ce qui est une référence aux droits et libertés fondamentaux).

Le Tribunal Constitutionnel Fédéral Allemand a la compétence de dissoudre les partis politiques, c'est la même chose en Turquie mais ce n'est pas le cas en France où il faut pour cela un décret du Président de la République pris en Conseil des Ministres.

Si on s'attache au contrôle de la Constitutionnalité des lois il y a des nuances, l'effectivité est variable et dépend des solutions retenues par le texte Constitutionnel, dans certains pays le système de recours au juge Constitutionnel est complet comme en Allemagne et en Belgique, mais d'autres pays sont frustrés en la matière comme la France où le recours n'est pas large : il n'est pas ouvert aux particuliers.

Il y a beaucoup de différence entre les juridictions Constitutionnelles des différents pays :

- Est-ce que la Constitution ne prévoit qu'un contrôle préventif comme en France ou un contrôle à posteriori (c'est le cas dans la plupart des pays Européens). C'est important car on se rend souvent compte de l'inconstitutionnalité d'une loi après l'entrée en vigueur.
- Y a-t-il un contrôle abstrait ou concret ?
- Y a-t-il un recours direct au profit des particuliers personnes physiques ou morales ?

Quand on regarde le système Allemand on constate que :

- Il y a un contrôle abstrait des lois fédérales très largement ouvert (au Gouvernement, au Gouvernement des Landers, à la minorité du Bundestag 1/3...).



- Le contrôle concerne les lois fédérales ou des Landers.
- Tous les juges qui ont un doute sur la Constitutionnalité d'une loi vont demander au Tribunal Constitutionnel Fédéral : ils posent une question préjudicielle.
- Il y a un recours constitutionnel ouvert aux personnes physiques ou morales s'estimant victimes d'une violation des DLF, ils peuvent contester une loi, une décision administrative ou une décision judiciaire à condition dans tous les cas d'avoir épuisé toutes les voies de recours. On retrouve l'équivalent dans le système Espagnol avec « l'amparo » mais c'est limité à certains droits.

L'effectivité du contrôle dépend du mode de contrôle établi par la Constitution, elle dépend aussi

de l'ampleur des pouvoirs conférés au juge Constitutionnel :

Ex : Lorsque le Conseil Constitutionnel contrôle il a deux possibilités :

- En cas de problèmes sérieux il déclare certaines dispositions inconstitutionnelles.
- Dans certains cas on déclare la conformité sous réserve. 3 types de réserve :
  - o Le Conseil fait une interprétation constructive de la loi et il ajoute certains mots, il devient dès lors co-législateur « la loi n'est conforme que si on ajoute... » ça vient du droit Italien « sentences additives ».
  - o Interprétation directive : il s'adresse aux juges qui vont appliquer et dit comment ils doivent appliquer.
  - o Interprétation neutraliste : le juge Constitutionnel neutralise les dispositions dangereuses, équivoques... Il déclare d'effet nul, il purge la loi de son inconstitutionnalité. Le sens possible et contraire à la Constitution d'un texte est anéanti.

La conformité sous réserve est née de la pratique, ce n'est pas original. Le contrôle est en France à

priori. Après l'entrée en vigueur de la loi il n'y a plus rien à faire en matière de Constitutionnalité.

Mais on constate que le juge Constitutionnel s'est reconnu le droit d'un contrôle à priori par une jurisprudence initiée par la décision du 25/01/1985 qui portait sur la loi sur l'état d'urgence en Nouvelle Calédonie.

Récemment il a déclaré le 25/03/1999 une loi organique, déjà promulguée, sur la Nouvelle Calédonie inconstitutionnelle. Cette loi disait que les personnes mises en faillite sont inéligibles, le Conseil Constitutionnel a estimé que cette disposition provenant d'une loi antérieure était inconstitutionnelle.

Parfois le juge Constitutionnel peut jouer le rôle de « législateur positif » (expression de H. Kelsen lorsqu'il a réfléchi sur le juge Constitutionnel il a distingué la posture du législateur positif ou négatif.

- Négatif : il déclare que la loi est inconstitutionnelle, le législateur doit corriger.
- Positif : il déclare une inconstitutionnalité et indique ce qu'il faut modifier, ajouter.

De plus en plus les juges Constitutionnels sont positifs. Le Parlement après doit suivre la sentence

du juge Constitutionnel pour éviter une nouvelle inconstitutionnalité de la loi.

Ex : le Tribunal Constitutionnel Espagnol en 1985 débattait de la dépénalisation partielle de l'avortement, une loi a été adoptée le 11/04/1985, le Tribunal Constitutionnel Espagne estime que les modalités ne sont pas suffisantes pour éviter de graves atteintes au

droit à la vie du fœtus. Il faut une menace sur la santé constatée par un médecin différent de celui qui pratique l'avortement.

Le juge Constitutionnel ne se limite pas à la répression de l'inconstitutionnalité.

Ex 2 : Des juridictions vont encore plus loin et la doctrine parle alors de gouvernement des juges. Au Canada la Cour suprême du Canada en matière de DLF est spectaculaire. C'est une Cour qui a des pouvoirs considérables. Elle a rendu le 20/05/1999 l'arrêt M c/ H qui traitait du problème des droits des homosexuels : deux femmes qui ont vécu ensemble se séparent et l'une d'entre elle demande une pension. La loi relative au droit de la famille ne portait que sur les conjoints hétérosexuels. La Cour Suprême a déclaré qu'il y a une discrimination contraire. Elle a condamné et a donné 6 mois au législateur pour modifier. Le législateur a ajouté les mots « partenaires de même sexe ».

Ex 3 : Une Cour Modèle est la Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud. Elle a eu aussi à se prononcer sur le problème des droits des homosexuels le 2/12/1999. Une disposition législative relative aux étrangers accordait la possibilité pour le conjoint d'un résident permanent d'avoir un permis de résidence mais ça excluait les homosexuels. La Cour Suprême a estimé qu'il y a une atteinte aux principes Constitutionnels d'égalité et de dignité de la personne, elle a clarifié et la loi a ajouté « ou partenaire de même sexe dans une relation durable ».

C'est une interprétation constructive. On n'a pas déclaré l'inconstitutionnalité car ça aurait eu des effets négatifs. Dans la Constitution Sud Africaine il y a une disposition qu'on a pas en France : l'article 72 dispose « Une Cour ayant compétence en matière Constitutionnelle peut prendre toute décision juste et équitable ».

Ex 4 : Le Tribunal Constitutionnel Fédéral est en Europe la Cour qui s'est vu conférer le plus de pouvoirs. Quand une loi lui est transmis par le 1/3 du Bundestag ou le Gouvernement d'un Land elle a la possibilité de suspendre l'application de la loi avant son jugement. Ex : la loi de 1992 sur l'avortement, a été suspendue pendant 1 an. Lorsqu'il rend son jugement au fond il a la possibilité d'édicter une législation provisoire. Ex : à propos de la loi de 1992 quand il a tranché le 28/05/1993 il a relevé les inconstitutionnalités à corriger et dans l'attente des corrections il a édicté une législation provisoire très précise à la limite du règlement.

Il y a des décisions en matière fiscale pour la détermination du minimum vital non imposable, elle a fixé le montant ou a donné des délais au législateur. Le Constituant Français devrait s'inspirer de cela et obtenir plus d'autorité.

## **2) Les autres juges :**

On va privilégier le cas Français et la dualité de juridictions. On va commencer par le juge judiciaire mais on va d'abord faire quelques considérations générales :

### **i) Le droit à un recours juridictionnel effectif :**

Il existe un droit à un recours juridictionnel effectif reconnu à plusieurs reprises par le Conseil Constitutionnel le 12/01/1977 et le 9/04/1996, cette décision désigne de façon claire

le fondement constitutionnel utilisé : c'est l'article 16 de la DDHC de 1789 sur la séparation des pouvoirs et la garantie des droits « toute société dans laquelle une séparation des pouvoirs n'est pas définie et une garantie des droits n'est pas assurée n'a point de Constitution ». Il faut en fait inverser la lecture : Une Constitution est une séparation des pouvoirs et une garantie des droits.

**ii) Le principe de l'indépendance des juridictions :**

Le principe de l'indépendance des juridictions a été affirmé dans une décision du 22/07/1980 sur une loi de validation d'actes administratifs. Le fondement constitutionnel n'est pas le même pour le juge judiciaire (article 64 alinéa 1 de la Constitution) et pour le juge administratif (Principe Général reconnu par les lois de la république dans cette décision).

**iii) En matière pénale :**

Il y a un principe très important en matière pénale : la séparation entre les autorités de poursuite et les autorités de jugement. C'est essentiel dans la liberté individuelle. Le Conseil Constitutionnel l'a dit le 2/02/1995 en se prononçant sur une loi qui prévoyait la possibilité d'une injonction pénale possible pour le parquet : si une personne reconnaissait sa culpabilité le parquet pouvait condamner à une peine d'amende ou à un travail d'intérêt général. Cela a été jugé contraire à la Constitution, on condamne les modalités de l'injonction pénale : confier cela au parquet n'est pas conforme.

**iv) Légalité face à la justice :**

Il faut préserver l'égalité de tous devant la justice : Conseil Constitutionnel 23/07/1975 une loi avait prévu que le Président du TGI pouvait de manière discrétionnaire choisir quelles affaires seraient jugées par un juge unique ou par une collégialité de juges « Considérant, en effet, que le respect de ce principe fait obstacle à ce que des citoyens se trouvant dans des conditions semblables et poursuivis pour les mêmes infractions soient jugés par des juridictions composées selon des règles différentes ».

Récemment une loi a institué les juges de proximité : le 29/08/2002 le Conseil Constitutionnel a affiné sa jurisprudence en indiquant que pour que ce soit Constitutionnel il faudra une loi organique pour préciser des garanties d'indépendance.

**v) La répartition du contentieux :**

Le problème de la répartition des contentieux : quel critère va-t-on utiliser ? On a la jurisprudence du TC et du Conseil Constitutionnel pour aider mais ce n'est pas clair. C'est préjudiciable au justiciable lui-même. Il y a des indices généraux.

Le Conseil Constitutionnel le 12/01/1977 s'est prononcé sur la fouille des véhicules privés, ça concerne la liberté individuelle et en vertu de l'article 66 il faut un juge judiciaire. Le TC avant avait rendu le 18/12/1947 un arrêt : « Hilairé », il a estimé que la sauvegarde des libertés relève du juge judiciaire.

Le Conseil Constitutionnel le 25/07/1989 a indiqué qu'en vertu d'un principe général reconnu par les lois de la République le juge judiciaire a de grands pouvoirs pour protéger la propriété immobilière.

Par contre le Conseil Constitutionnel en se prononçant sur la création du conseil de la concurrence le 23/01/1987 a précisé que c'était la compétence du juge administratif qui s'impose, il y avait ici une décision qui attribuait le contentieux au juge judiciaire ce qui a été censuré « conception française de la séparation des pouvoirs ».

Le juge administratif est seul compétent pour l'annulation d'une décision prise dans le cadre d'une prérogative de puissance publique : ceci a été confirmé le 28/07/1989 en ce qui concerne l'entrée et le séjour des étrangers. Ces indications ne règlent pas tout.

#### **vi) Les actes non justiciables :**

Y a-t-il des actes non justiciables ? On vise deux catégories d'actes :

##### **- Les actes de Gouvernement :**

Ce sont des actes en déclin, la jurisprudence du juge administratif a diminué mais il en reste qui peuvent concerner les DLF ex : conduite des relations internationales, ils ne sont pas justiciables mais les actes détachables peuvent être jugés.

Ex : C.E. 23 Septembre 1992 GISTI et MRAP ; le C.E. était confronté à des décisions pendant la guerre du Golfe qui interdisaient l'inscription des étudiants Irakiens dans les universités. Le C.E. a dit que ça ne peut pas être examiné car c'est un acte de gouvernement non détachable.

##### **- Les mesures d'ordre intérieur et à caractère disciplinaire :**

Ce sont des litiges mineurs qui ne méritent pas d'être examinés, ça peut porter atteinte aux DLF en matière de sûreté individuelle, il y a eût une évolution intéressante et depuis 10 ans ces actes se réduisent.

Les mesures disciplinaires à l'école ne pouvaient pas être contrôlées auparavant;

Ex : ça a été le cas du port des signes religieux C.E. 2/11/1992 Kherouaa et autres cela portait sur un règlement qui interdisait totalement le port de signes religieux et avait prononcé des exclusions. Cet arrêt a fixé la jurisprudence du CE en l'espèce c'est une bonne jurisprudence très stable. Un règlement qui prohibe de façon générale et absolue est contraire à la Constitution comme l'exclusion sur ce motif il faut pour exclure qu'il y ait un comportement ostentatoire, du prosélytisme....

Cette jurisprudence on la retrouve dans les armées où pendant longtemps les mesures disciplinaires n'étaient pas contrôlées puis le 17/02/1995 le CE en Assemblée a rendu deux arrêt : Marie et Hardouin c'était le problème des jours d'arrêts, ça a été influencé par la Cour de Strasbourg par l'arrêt Hengel c/ Pays-Bas, certaines sanctions graves sont justiciables.

## **vii) Les juridictions d'exception :**

Si l'on vise la plénitude de l'Etat de droit, on doit poser la question de l'existence de juridictions d'exception. Dans tous les pays on a rencontré ce type de juridictions en période de tensions, c'est une tentation, la France a été victime de cette tentation.

Ex : sous la révolution le tribunal révolutionnaire avec une procédure expéditive.

Ex 2 : les cours prévôtales à la restauration.

Ex 3 : Au moment des événements d'Algérie De Gaulle a le 15/01/1963 fait passer une loi qui instaurait la Cour de Sécurité de l'Etat et avant cela le Haut Tribunal Militaire qui avait été annulé par l'arrêt Canal du Conseil d'Etat. Le C.E. a été courageux.

Dans cette juridiction de 1963 il y avait 3 Magistrats et 2 militaires, on pouvait étendre la garde à vue jusqu'à 6 jours et l'action publique était dans les mains du Ministre de la Justice, on pouvait procéder à des perquisitions de nuit, les juges étaient nommés pour deux ans renouvelables et étaient largement rémunérés ; cette juridiction a été supprimée le 4/08/1981 puis le 24/07/1982 on a supprimé les tribunaux des forces armées pendant les périodes de paix.

On est revenu à la normalité puis à la fin du XX avec la montée du terrorisme on s'est posé la question des juridictions d'exception la loi du 9 Septembre 1986 a prévu pour juger le terrorisme une Cour d'Assise spéciale avec 7 Magistrats et 4 jours de garde à vue.

Le Conseil Constitutionnel le 3 Septembre 1986 s'est prononcé là-dessus et a estimé qu'il y avait un but légitime qui était de préserver la sérénité de la juridiction (on évite la pression sur les jurés). Par ailleurs le Conseil Constitutionnel a vérifié que les Magistrats étaient indépendants et que les droits de la défense étaient sauvegardés

Le 30/12/1996 par loi non déferée au Conseil Constitutionnel on autorise les perquisitions de nuit de façon large.

## **viii) La longueur des procédures :**

C'est une plaie et c'est dommageable pour les DLF, dans certaines affaires sensibles c'est préjudiciable on a imaginé des moyens pour palier à cela comme par exemple :

- La possibilité pour le juge administratif de prononcer le sursis à exécution mais ce n'est pas satisfaisant.
- Parfois le législateur a prévu une réponse rapide en cas de reconduite à la frontière : on a 48 H pour saisir le juge et il a 48 H pour se prononcer. Dans l'attente du jugement au fond on portait atteinte aux DLF.

La loi du 30/06/2000 sur le référé administratif a été un bouleversement. Ex : dans l'affaire Marie la sanction a été prise en Juin 1987 et le CE s'est prononcé en 1995.

## **ix) L'exécution des décisions :**

Lorsque la décision est prise il faut l'exécuter ce qui peut être difficile ; se pose le problème pour

le juge administratif. La loi du 8/02/1995 donne la possibilité d'enjoindre l'administration et donne des pouvoirs pour forcer l'exécution comme le juge judiciaire. Un arrêt de la Cour EDH du 19/03/1997 *Hornsby c/ Grèce* est très intéressant en la matière. La Cour a reproché à la Grèce de ne pas avoir exécuté une décision rendue par la CJCE « le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la CEDH recouvre le droit à l'exécution des jugements de quelque juridiction que ce soit ».

### **3) Le juge judiciaire :**

On commence par lui car il est traditionnellement considéré comme le protecteur de la liberté individuelle, c'est donc un réflexe naturel de commencer par lui. Article 66 de la Constitution

« Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi »

Article 136 du Code de Procédure Pénale :

« Dans les cas visés aux deux alinéas précédents et dans tous les cas d'atteinte à la liberté individuelle, le conflit ne peut jamais être élevé par l'autorité administrative et les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours exclusivement compétents.

Il en est de même dans toute instance civile fondée sur des faits constitutifs d'une atteinte à la liberté individuelle ou à l'inviolabilité du domicile prévue par les articles 432-4 à 432-6 et 432-8 du code pénal, qu'elle soit dirigée contre la collectivité publique ou contre ses agents. »

Il est donc normal de le faire prévaloir. Au-delà de ce réflexe que peut faire le juge judiciaire ?

#### **a) Le juge judiciaire peut punir les agents publics coupables d'atteintes aux DLF :**

Dans le Code Pénal il y a des incriminations spéciales qui visent les personnes qui exercent des fonctions publiques :

- Article 432-4 « d'ordonner ou d'accomplir arbitrairement un acte attentatoire à la liberté individuelle est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100000 euros d'amende »
- Article 432-7 « La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :
  - 1° A refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ;
  - 2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque. »
- Article 432-8 « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, de s'introduire ou de tenter de

s'introduire dans le domicile d'autrui contre le gré de celui-ci hors les cas prévus par la loi est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende. »

Les atteintes aux DLF ne sont pas que le fait des Agents Publics mais ils peuvent y porter gravement atteinte du fait de leurs fonctions et de leurs pouvoirs.

**b) Apprécier la légalité :**

Lorsque des poursuites se fondent sur des actes administratifs le juge pénal peut en apprécier la légalité : article 111-5 du CP « Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaire ou individuels et pour en apprécier la légalité, lorsque de cet examen dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis »

**c) Le juge judiciaire peut réparer les préjudices de l'administration qui portent atteinte aux DLF :**

C'est ici la théorie de la voie de fait qui est une atteinte grave à une liberté fondamentale ou au droit de propriété « insusceptible de se rattacher à l'activité normale de l'administration ». L'acte administratif va être dans ce cas déqualifié, cet acte est examiné par le juge judiciaire.

**d) Protection de la propriété immobilière :**

Le juge judiciaire a un rôle important pour la protection de la propriété immobilière. Il faut être prudent. Il y a un domaine important : pour fixer l'indemnité en cas d'expropriation. On voit de nouveau le contentieux des compétences, en matière d'emprisonnement le juge judiciaire n'est compétent que s'il y a irrégularité, cela est tranché par le juge administratif TC 17/03/1949 Société Rivoli-Sebastopol, le juge judiciaire ne se prononce que sur les emprises irrégulières.

**e) Le juge judiciaire est le gardien naturel de la liberté individuelle :**

Ex : seul le juge judiciaire peut prononcer des peines privatives de liberté 29/08/2002.

**f) En matière de détention arbitraire :**

Lorsqu'on est dans une situation avec risque de détention arbitraire le juge judiciaire doit intervenir le plus vite possible. Le Conseil Constitutionnel s'est prononcé le 9/01/1980 sur l'immigration clandestine et le 25/02/1992 sur les zones de transit.

Dans la 1<sup>ère</sup> décision la loi examinée prévoyait la rétention d'étrangers en instance d'expulsion, il était prévu que le juge judiciaire ne pourrait intervenir qu'après 7 jours ce qui a été censuré car ce délai est excessif, le juge n'était là que pour autoriser la prolongation.

Pour la 2<sup>ème</sup> loi et les zones de transit, la loi prévoyait la possibilité de détenir 20 jours sans juge judiciaire ce qui a été censuré.

Ce rôle de gardien ne concerne pas que la privation de libertés et la détention arbitraire. Il y a aussi :

- la liberté d'aller et de venir, on pense aux contrôles d'identité 5/08/1993.
- la liberté du domicile 29/12/1983 cette décision portait sur la loi de finances pour 1984 on a censuré une disposition qui permettait des perquisitions et des saisies sans un juge judiciaire. Le législateur a ici suivi le Conseil Constitutionnel, ce défaut corrigé en matière de recherche de délits fiscaux a valu des condamnations de la Cour EDH à la France.

Pour le respect de la vie privée si on s'arrête sur la recherche du fondement constitutionnel de ce respect on constate que le Conseil a hésité, on a pas retenu l'article 66 à cause d'un inconvénient : ça implique le juge judiciaire, on a plutôt retenu l'article 2 de la DDHC de 1789 « liberté ... » ce qui a comme conséquence que le juge administratif puisse aussi intervenir.

C'est une jurisprudence récente du 23/07/1999 loi sur la création de la Couverture Maladie Universelle qui a été confirmée le 9/11/1999. Cette protection est largement entre les mains du juge judiciaire.

En matière de protection de la liberté individuelle ce qui est intéressant c'est que le juge judiciaire a de grands pouvoirs pour réparer le préjudice ou empêcher le dommage car il peut agir rapidement. Il peut enjoindre l'administration de quitter un terrain, de restituer un objet... c'est intéressant pour le droit au respect de la vie privée. « Toute mesure propre à empêcher une atteinte à la vie privée ».

Ex : arrêt Cass Civ. 1<sup>ère</sup> 12/12/2000 un journal à sensation avait fait paraître des photos de Johnny et de sa compagne, le couple a agi et le juge des référés sur l'article 9 du Code Civil a agi, il a versé des provisions et a forcé la publication du jugement, la Cour de Cassation s'est demandée si ces mesures étaient conformes à l'article 10 de la Convention EDH ? Oui ces mesures sont conformes et proportionnelles.

#### **4) Le juge administratif :**

Quels sont ses moyens pour garantir les DLF ?

##### **a) Le REP :**

L'histoire a montré que le juge administratif a été créé pour que l'administration ait un juge spécial, il s'est forgé une réputation de défenseur des DLF, il y a de nombreux domaines dans lesquels l'administration peut porter atteinte aux DLF, on est heureux qu'existe le recours pour excès de pouvoir : il est général et ouvert sans textes.

Le CE n'a cessé d'améliorer ce recours ce qui montre que le CE a créé une interprétation prétorienne favorable aux DLF avec les PGD.

Le juge administratif peut contrôler par exemple : un arrêté préfectoral d'hospitalisation forcée, les mesures de police sur les étrangers (extradition, reconduite à la frontière...). Les AAI comme le CSA peuvent sanctionner les opérateurs.



### **b) Contrôle restreint et normal :**

Quand on dit qu'un acte sur les DLF est soumis au contrôle du juge administratif il faut savoir **quel est le contrôle et son degré** (restreint ou normal). Dans le premier cas on s'arrête au contrôle de l'erreur manifeste d'interprétation dans le deuxième cas on contrôle tout.

Ex : arrêt Benjamin CE 19/05/1933 le CE a poussé loin son contrôle il s'est demandé s'il n'y avait pas de moyens moins drastiques pour maîtriser les troubles. Le maire de Nevers dans l'affaire a excédé ses pouvoirs et a été censuré par le CE.

Pendant longtemps le CE s'arrêtait à l'EMA maintenant il va plus loin dans de nombreux domaines : police des étrangers CE Assemblée 19/04/1991 Mme Babas contrôle normal, même chose pour les interdiction de publications étrangères 9/07/1997 Association Ekin la Cour EDH a dit que ça ne suffit pas et a condamné deux ans plus tard. En matière de liberté de la création cinématographique le CE est passé au contrôle normal 24/01/1975 CE Assemblée Société Rome-Paris Film il s'agissait du film de J. Rivettes « La religieuse » tiré d'un Roman de Diderot.

### **c) Qu'en est-il de l'exécution des décisions du juge administratif ?**

Quand il y a des difficultés, a-t-il les mêmes moyens que le juge judiciaire pour faire exécuter ? Au départ on n'avait que la bonne volonté de l'administration maintenant il y a de vrais moyens : le 30/07/1963 le justiciable qui n'arrivait pas à faire exécuter pouvait saisir la section du rapport et des études du CE après 3 mois elle essayait de persuader l'administration.

Loi du 16/07/1980 on permet au justiciable de saisir la section du contentieux et le CE peut astreindre c'est plus drastique mais insuffisant le juge administratif ne pouvait pas enjoindre.

Le 8/02/1995 la loi autorise tous les juges administratifs à adopter les mesures d'exécution nécessaires (délai, mesures à prendre et astreintes). Ça n'a pas tout réglé, il y a beaucoup de chemin qui a été parcouru. La seule souveraineté qui importe c'est celle des DLF.

### **d) Le pouvoir de suspension :**

La possibilité pour le juge administratif de suspendre un acte attentatoire aux DLF. Peut-il le faire rapidement ? S'il n'a pas cette possibilité l'atteinte risque d'être irréversible, il doit donc avoir ce pouvoir car le REP n'est pas suspensif. Le Conseil Constitutionnel le 23/01/1987 a indiqué que le sursis à exécution est une garantie essentielle des droits de la défense.

Le contentieux de l'intervention a été modifié le 30/06/2000 sur le référé devant les juridictions administratives (c'est entré en vigueur le 01/01/2001). Cette réforme a fait disparaître le sursis à exécution et **mis le référé suspension en place**, c'est mieux le sursis à exécution fonctionnait mal.

Autre catégorie de référés : **le référé liberté** c'est une grande innovation de cette loi (article 521-2 du Code de Justice Administrative), c'est une technique qui permet de saisir le juge administratif. Il y a plusieurs conditions à respecter :

- L'urgence.
- Il faut qu'une liberté fondamentale soit en cause (pas de liste) on revient sur la définition de la fundamentalité qu'est-ce qu'une liberté fondamentale ici ? Il faut regarder la jurisprudence du CE.
- Enfin 3<sup>ème</sup> condition il faut qu'on se plaigne d'une atteinte grave et manifestement illégale imputable à une personne de droit public.

Lorsque ces trois conditions sont réunies : alors le juge des référés doit statuer dans les 48H c'est une durée indicative mais le bilan montre que le juge administratif met au maximum 10 jours pour se prononcer.

Cette décision est susceptible de recours, l'appel est possible devant le président de la section du contentieux du CE qui doit se prononcer sous 48H. Le juge administratif dispose de pouvoirs importants puisque l'article en question dispose « peut ordonner toute mesure nécessaire à la protection de la liberté menacée » il doit mobiliser tout moyen utile.

Ex : l'été dernier le FN voulait tenir une université d'été à Annecy, le Maire s'y est opposé prétextant que les locaux étaient inadaptés et qu'il y aurait des problèmes d'ordre public. Le FN a utilisé avec succès cette procédure le TA a rejeté mais le CE a donné raison au FN le 19/08/2002.

Dans cette décision injonction est faite au Maire de ne pas s'opposer, le Maire s'est incliné.

## **B) Le juge international :**

On ne prend que les juridiction proprement dite, on laisse les organes para juridictionnels qui ne rendent pas d'arrêts (ex : le Comité des Droits de l'Homme qui examine les plaintes et se prononce au fond par des constatations, ça ressemble à un arrêt mais ça n'en est pas une. On va voir les juges Européens et les autres.

### **1) Les juges Européens :**

Il y a un juge des droits de l'Homme : la Cour EDH de Strasbourg. Elle est entrée en fonction en 1959, elle était prévue dès 1950 et a rendu son 1<sup>er</sup> arrêt le 14/11/1960 Lawless concernant l'internement administratif en Irlande du Nord. Cette Cour est incontournable.

On doit aussi penser à la CJCE, au début ce n'est pas un juge des droits de l'Homme mais ça l'est devenu avec les PGD du droit Communautaire, et parmi eux les droits fondamentaux. Le 1<sup>er</sup> arrêt de la CJCE a été rendu en 1969 Satuder puis en 1970 Internationale Ahndelsgesell Schaft il y a un tribunal de 1<sup>ère</sup> instance et la CJCE.

L'un des enjeux de la Convention Giscard d'Estaing est de savoir si la charte des droits fondamentaux de Nice 2000 va être intégrée dans le ou les traités (on va peut être unifier) si oui ça va renforcer la Cour EDH. La conférence intergouvernementale à venir adoptera le traité qui modifiera Nice et avant et donnera force obligatoire à cette charte.

La CJCE a rendu des arrêts très importants en matière de DLF et notamment des arrêts décisifs pour les droits internes qui doivent se plier. Il y a une sorte de concurrence certains auteurs prévoient que la CJCE va éclipser la Cour EDH.

## **2) Les autres juges internationaux :**

Ca va plus vite, il y en a peu. Il y a peu de prétoires internationaux.

Au niveau Onusien il y a des Juridictions mais pas vraiment pour les DLF :

- La cour Internationale de Justice de La Haye il n'y a pas d'accès pour les particuliers c'est fait pour régler les conflits entre Etats, on peut y parler néanmoins des droits de l'Homme.
- Le TPI pour l'ex Yougoslavie à La Haye crée temporairement c'est un tribunal qui fait respecter le droit humanitaire mais pas les droits de l'Homme.
- La Cour Pénale Internationale en fonction depuis le 1/07/2002 a été créée en 1998 par la Convention de Rome.

Au niveau régional :

- La Cour interaméricaine des droits de l'Homme elle siège à San José au Costa Rica elle a une jurisprudence intéressante.
- Une Cour à venir est la Cour Africaine des droits de l'Homme » décidée en 1998 à Wagadoudou

## **Titre II : Les Fondements des Droits et Libertés Fondamentaux :**

On va rencontrer fréquemment ce terme de « fondements », cela signifie qu'on réfléchi aux bases, au principe de départ. On va réfléchir sur des principes dont on va déduire des connaissances.

Quand on réfléchit aux fondements on rencontre le terme de « source », quelles sont les sources des DLF ? On ne verra pas que les sources métajuridiques mais on verra aussi les origines profondes. On va distinguer ces deux types de sources.

D'où viennent les DLF ? Ils sont inscrits dans des textes que l'on verra. Mais avant ça on va voir le tréfonds des sociétés humaines, ce qui explique les DLF et les influences. Les DLF sont liées à des conceptions de la société et à une histoire. On va d'abord voir les fondements idéologiques puis les procédés techniques de formation.

### **Chapitre I : Les fondements idéologiques :**

Tout l'ensemble normatif est dépendant de certains postulats qu'on ne peut comprendre qu'en s'interrogeant sur des débats :

- L'universalité des DLF, valent-ils pour tous et partout ? Sont-ils partout les mêmes ? Ou sont-ils relatifs ? On va être confronté à la dialectique entre universalité (affirmée) et spécificité (différentes conceptions) : les deux se conjuguent mais est-ce compatible ?

- Autre débat : la conception même du droit sur ces finalités et ces origines, ici on parlera des courants de pensée, des conceptions. On a le choix entre le positivisme (majorité actuelle) et le naturalisme (anciennement dominant).

### **Section I : Le débat sur l'universalité des DLF :**

C'est un débat très large qu'on va présenter sommairement. L'universalité des DLF est une idée ancienne toujours contestée, controversée. On accepte par cette universalité un modèle selon lequel on pourrait établir l'identité universelle de la personne humaine. Si on peut admettre ce postulat chaque Homme vit dans une société et une culture différente qui constitue son humanité. On est confronté à une opposition entre abstraction et particularités, comment combiner les deux ?

Dans cette dialectique on va laisser de côté la question des diversités de conceptions mais on va parler du paradigme de l'universalité.

#### **Paragraphe I : Le paradigme de l'universalité :**

On va d'abord identifier les fondements de ce modèle puis on essayera de comprendre l'affirmation de ce paradigme.

##### **A) Les fondements du paradigme :**

Il y a une personne humaine qui est un sujet autonome ; chaque individu est un être unique qui a une dignité fondamentale qu'il faut sauvegarder. C'est une qualité ontologique, constitutive de l'être qui est indépendante des appartenances concrètes des individus (ethniques...).

F. Terré définit ce paradigme « Les DLF procèdent de l'essence spirituelle de l'Homme ». Il y a ce primat de l'individu. Il y aurait donc une nature humaine irréductible qui nous serait commune malgré nos appartenances.

Quand on essaye d'examiner ce paradigme il faut remonter loin dans le temps, le paradigme de l'universalité de la personne humaine est une conquête de la modernité, on a commencé au XVII puis XVIII avec la pensée de Kant et des philosophes des lumières. Tous ces auteurs que l'on connaît n'ont fait que laïciser un discours ancien où se trouve le cœur de cette pensée ; c'est le discours des Monothéismes (Juifs, Chrétiens, Musulmans). Cette idée qu'il y a une identité de la personne humaine car les hommes sont tous des créatures de la Divinité, ils ont une nature commune, on souligne l'origine biblique des DLF B. Kriegel grande philosophe a écrit un ouvrage qui reconnaît l'évidente origine Biblique Chrétienne des DLF de l'Homme.

Aux US F. Fukuyama a beaucoup alimenté le débat avec sa thèse sur « la fin de l'Histoire », il ne cesse depuis de dire que nous allons vers une société avec les mêmes valeurs : démocratie libérale et économie de marché. Dernièrement le 18 Octobre 2001 il a écrit sur sa thèse centrale « nous sommes toujours à la fin de l'histoire » « ce n'est pas un hasard si

Comment raisonner ? Cette universalité repose sur la personne Humaine, pierre angulaire de toute société et suppose une forme particulière d'Etat : l'Etat démocratique ce qui implique un certain type de rapports.

## 1) La primauté de la personne Humaine :

Il y a quelque chose qui nous est universellement commun : la DUDH de 1948 renvoie à la dignité

Inhérente à toute personne humaine. On pourrait se contenter d'étudier certains auteurs du XVIII et faire l'économie du monothéisme mais ce n'est pas suffisant ; il faut parler de monothéisme.

Ces formes anciennes de l'universalité on va les décliner en s'intéressant à la 1<sup>ère</sup> forme d'universalité puisée dans le monothéisme juif avec L'Ancien Testament. C'est un texte vaste : on va choisir certaines figures : **Abraham et Moïse.**

**Quand on parle d'Abraham** il y a deux façons d'écrire ce nom. Au départ on écrivait « Abram » puis il sera désigné autrement « Abraham » quand on regarde l'étymologie de ce second nom on se rend compte que ça signifie « père des peuples ou des multitudes ou des croyants ».

Dans la Genèse Abraham est appelé Chapitre 17 Verset 4 pour être le père de tous les croyants, d'une multitude de peuples, c'est le vrai sens du mot « peuple élu » l'élection est une responsabilité : le peuple d'Israël doit montrer le chemin. L'action d'Abraham est une incarnation de l'universalité, le « salut » s'adresse à tous les peuples. Dans l'épisode de Sodome et Gomorrhe avant la destruction de cette cité impie, Abraham plaide la cause des habitants pour essayer d'infléchir le courroux divin. Abraham est un des premiers à s'élever contre l'optique tribale, il est le premier Catholique (Catholicos en Grec signifie Universel).

Quand on parle de **Moïse** on pense à la sortie du peuple d'Israël en Egypte avec le passage de la mer rouge, au-delà de cela il reçut les tables de la loi. Ces tables ne valent pas que pour le peuple qui l'entoure mais pour tous. Même si on pense que ce sont des devoirs plus que des droits. Il est là comme représentant de l'humanité entière.

Autre exemples dans l'Ancien Testament : il y a des passages illisibles avec des passages rituels dans le « Lévitique ». Parfois ce sont des récits de batailles et il y a des passages lumineux que l'on doit aux prophètes. Il y a deux types de prophètes : les petits et les grands mais leur message est universel. Dans « L'isai » on trouve « ma maison sera appelée maison de prière pour tous les peuples » ce qui est frappant c'est la critique du ritualisme juif ce qui les conduisait à s'en satisfaire c'est ce que l'on appelait l'holocauste (faire brûler sur l'autel sacré un animal que l'on offre à Dieu). Cette idée traverse tout l'ancien testament « de l'amour pas de sacrifices ». Ce qui doit prédominer c'est l'amour de l'autre, la justice et pas les sacrifices.

Ex : chez de petits prophètes « Osée » on retrouvait cette idée Chapitre 6 Verset 6 « Car j'aime la piété et non les sacrifices, et la connaissance de Dieu plus que les Holocaustes »

Ex 2 : Autre petit prophète « Amos » : Chapitre 5 verset 21 à 24 : « Je hais, je méprise vos fêtes, Je ne puis sentir vos assemblées. Quand vous me présentez des holocaustes et des offrandes, Je n'y prends aucun plaisir; Et les veaux engraisés que vous sacrifiez en actions de grâces, Je ne les regarde pas. Éloigne de moi le bruit de tes cantiques; Je n'écoute pas le son de tes luths. Mais que la droiture soit comme un courant d'eau, Et la justice comme un torrent qui jamais ne tarit. »

Ex 3 : Chez Isaïe

« Qu'ai-je affaire de la multitude de vos sacrifices? dit l'Éternel. Je suis rassasié des holocaustes de bœufs et de la graisse des veaux; Je ne prends point plaisir au sang des taureaux, des brebis et des boucs. Quand vous venez vous présenter devant moi, Qui vous demande de souiller mes parvis? Cessez d'apporter de vaines offrandes: J'ai en horreur l'encens, Les nouvelles lunes, les sabbats et les assemblées; Je ne puis voir le crime s'associer aux solennités. Mon âme hait vos nouvelles lunes et vos fêtes; Elles me sont à charge; Je suis las de les supporter. Quand vous étendez vos mains, je détourne de vous mes yeux; Quand vous multipliez les prières, je n'écoute pas: Vos mains sont pleines de sang. Lavez-vous, purifiez-vous, Otez de devant mes yeux la méchanceté de vos actions; Cessez de faire le mal. Apprenez à faire le bien, recherchez la justice, Protégez l'opprimé; Faites droit à l'orphelin, Défendez la veuve. »

L'amour pas le rite, on le retrouve dans le nouveau testament dans l'Évangile de Matthieu Chapitre 9 « Comme Jésus était à table dans la maison, voici, beaucoup de publicains et de gens de mauvaise vie vinrent se mettre à table avec lui et avec ses disciples. Les pharisiens virent cela, et ils dirent à ses disciples: Pourquoi votre maître mange-t-il avec les publicains et les gens de mauvaise vie? Ce que Jésus ayant entendu, il dit: Ce ne sont pas ceux qui se portent bien qui ont besoin de médecin, mais les malades. Allez, et apprenez ce que signifie: Je prends plaisir à la miséricorde, et non aux sacrifices. Car je ne suis pas venu appeler des justes, mais des pécheurs. »

Il y a une continuité entre les deux testaments. Dans le monothéisme Chrétien St Paul : quand on analyse le comportement du Christ tout son discours nous amène à l'égalité des Hommes, à la dignité fondamentale, tous sont égaux car concernés par la Grâce :

- Il y a une rupture avec les traditions et les distinctions sociales et le mépris envers les autres. Il s'engage pour l'humanité. Lorsque vient le temps de la maturité il signifie aux siens qui essayent de le mettre en garde « Sont ma Mère, mes Frères et mes Sœurs ceux qui m'écoutent et me suivent ». Chacun a une éminente dignité sans distinction : toute atteinte à la dignité est une offense faite à Dieu. Ex : les Béatitudes dans le nouveau Testament ceux qui sont d'abord concernés sont les plus humbles.
- Il y a une rupture avec le ritualisme Juif : ce n'est pas une rupture avec l'Ancien Testament. Ce que l'on dépasse c'est le tribalisme Juif, cet intégrisme ritualiste, contre cela il proclame l'universalité. Ses disciples sont marqués par le ritualisme Juif, ils pensent que c'est le Messie qui va restaurer Israël. Il répond que c'est une autre liberté qu'il apporte « Mon Royaume n'est pas de ce Monde ».

Le Christ s'adresse à chaque individu comme individu unique. Ex : le passage de la Samaritaine ou de la Femme adultère. Dans la continuation du message universaliste on met en avant la dignité de la personne Humaine.

Le Christ est un anticlérical, contre le prêtre tel que conçu dans l'ancien Testament (l'homme du rite). Les premiers Chrétiens étaient une secte juive puis St Paul de Tarse fait tout basculer en distinguant la loi et la foi, il donne la dimension universelle. Il y a un ouvrage écrit par A. Badion Philosophe Française « St Paul la fondation de l'universalisme ».

La personne même de St Paul est intéressante St Paul était un Juif orthodoxe appelé à l'origine « Saül » qui pourchassait les Chrétiens puis il s'est converti sur le chemin de Damas et deviendra un grand propagandiste. Ses textes sont anciens. Il a une culture Romaine par

ses parents Grecs ; il est né à tarse (Tarsos) et Juive, il est juif orthodoxe et manifeste du zèle au début, il parle Grec, Hébreu et Latin. Il est universel par ses voyages : Athènes, Turquie et Rome.

Par sa personne même il introduit une rupture avec le ritualisme, un premier grand conflit dans le Christianisme naît lors du grand concile en 50 ou 51 à Jérusalem il y a un affrontement entre St Paul et ceux qui ont été disciples du Christ, pour eux l'individu n'est pas séparable d'un groupe auquel il appartient, ce concile traite des rites et de la question de la circoncision comme signe de l'alliance marque identitaire.

Pour St Paul l'important ce n'est pas le marquage de la chair mais la circoncision du Cœur. Il y a une distinction entre le culte et la loi. St Paul fait surgir Israël de l'esprit.

Dans l'épître Galates «Car vous êtes tous fils de Dieu par la foi en Jésus Christ; vous tous, qui avez été baptisés en Christ, vous avez revêtu Christ. Il n'y a plus ni Juif ni Grec, il n'y a plus ni esclave ni libre, il n'y a plus ni homme ni femme; car tous vous êtes un en Jésus Christ. ». C'est un universalisme particulier : dans le Christ.

Les auteurs du XVII XVIII n'ont fait que reprendre le discours en le laïcisant, ce sont des théologiens autant que des philosophes. Autre courant de pensée précurseur dans le concept d'universalité : le Stoïcisme Grec (3<sup>ème</sup> Av JC) puis il y a eu une continuation à Rome avec Cicéron et Marc Aurel. Le vrai stoïcisme est celui du 3<sup>ème</sup> siècle av JC. Cicéron au 1<sup>er</sup> ap JC qui était un Philosophe, un écrivain et un homme politique il y a l'idée d'un droit naturel universel même s'il a du mal à se dégager de la cité. On retrouve la même chose chez Sénèque ou chez Marc Aurel. Les leçons des Stoïciens Romains ont marqué, il y a une grande continuité.

A partir du XVII il y a un travail de théorisation appuyé su ce passé. Le Choix des auteurs est toujours contestable, on ne parlera pas de JJ Rousseau. On pourrait commencer par un 1<sup>er</sup> auteur assez ancien et qui a apporté une contribution décisive **Thomas Hobbes**. Il vit au XVII 1588-1679 : c'est un Anglais.

En Angleterre au XVII c'est le siècle des révolutions, ça a été un siècle très agité, très violent ; ils ont connu un essai de régime Républicain ; cela explique en partie le côté ténébreux de Hobbes. Il a écrit des ouvrages monumentaux avec un vocabulaire très marqué par la théologie. En 1642 il a écrit « De Cive » : des citoyens ; en 1651 il a écrit le « Léviathan ».

Si on devait le définir, Hobbes est un théoricien des passions humaines, il développe le postulat bien connu de la distinction entre Etat de Nature et Etat civilisé, le pacte social ferait naître un pouvoir politique légitime, on retrouve ça chez Rousseau. Dans son Etat de nature l'Homme est peu sympathique (l'Homme est un loup pour l'Homme) pourquoi ? Car ce qui est capital c'est la logique du désir : l'Homme a un désir de vivre, de jouissance, de pouvoir ; il est prêt à détruire l'autre pour prendre son pouvoir : la guerre de tous contre chacun ; c'est une société violente à laquelle on renonce pour garantir la vie et la sûreté.

On va instaurer la sûreté individuelle par la sécurité juridique, on va créer un Etat avec un pouvoir institutionnalisé ; le souverain est le seul à détenir la violence légitime. On abolit la violence naturelle pour une violence contrôlée. Les Hommes dans l'état de nature connaissent une situation de violence. L'unité est garantie grâce à la conclusion du pacte social, ce droit à la sécurité est capital. Si le pouvoir politique n'est pas capable d'assurer la sécurité individuelle il n'est plus légitime.

Ce qui est de l'essence de l'Homme c'est la violence domestiquée, il n'y a pas de jouissance paisible. Le 1<sup>er</sup> droit est le droit à la sûreté du corps. Chez un autre philosophe Diderot on trouve « La 1<sup>ère</sup> condition d'une société n'est pas d'être libre mais d'être en sûreté ». Pour comprendre Rousseau il faut comprendre Hobbes.

Autre personnage important : Spinoza. C'était un Hollandais 1632-1677 son principal ouvrage est son traité théologico-politique de 1670. Qu'apporte-t-il ? Le droit à la vie n'est pas le seul droit inaliénable, il y a aussi la liberté de penser et la liberté de conscience, il y a cette importance attachée à la liberté de conscience, ce qui suppose la séparation de l'Eglise et de l'Etat. La foi est une chose privée. Ils émettraient ces opinions avec prudence.

Hobbes à la fin du Léviathan dit qu'au dessus du pouvoir terrestre il y a un pouvoir céleste, il dit cela par précaution. Même chose chez Montesquieu dans l'Esprit des Lois, il a fallu qu'il se défende. Autre auteur Locke 1632-1704 il est l'un des plus grands philosophes politiques, il a considérablement influé sur son temps, il a influencé la révolution Américaine, il est marqué par ce qui se passe en son temps. C'est un théoricien politique libéral alors que Hobbes est un absolutiste.

Chez Locke l'Etat de nature est marqué par la précarité : toutes les activités auxquelles il peut se livrer avec son corps il n'est pas sûr d'en conserver le bénéfice. Dans l'Etat civil du pacte, les Hommes ne perdent pas les droits naturels préexistants. L'important chez Locke c'est le droit de chacun de mener sa vie selon ses convictions en matière de foi. Au XVII on se demande quelle est l'autorité compétente en matière de foi ? Grotius épouse la thèse selon laquelle ce choix du dogme, du culte relève du Prince « Cujus Regio Ejus Religio », cette phrase a été reprise dans les traités de Westphalie.

Chez Locke et Spinoza la religion est une affaire privée, ils privilégient la religion directe avec Dieu. Chez Locke la liberté de religion est supérieure à l'Etat et au Gouvernement. L'Etat n'a pas à interférer. Ça n'empêche pas Locke de refuser la même liberté aux Papistes (Catholiques) : il faut savoir qu'en Angleterre les Catholiques ont été exclus jusqu'en 1829 des fonctions publiques. En France en 1789 la DDHC a été proclamée tout en maintenant l'esclavage. Il faut toujours situer les personnes dans le temps et ne pas plaquer des pensées d'aujourd'hui.

Autre liberté : la liberté d'opinion. Au XVIII l'un des grands philosophes E. Kant 1724-1804. Il y a cette idée que la vie de chaque Homme est dotée d'une valeur objective et absolue, c'est la fin et le fondement du droit. Kant se souvient de la distinction de Sénèque entre dignité et prix (dignitas / praetium) : la dignité s'oppose au prix, le prix a une valeur, un équivalent alors que la dignité n'a pas d'équivalent. Le 1<sup>er</sup> fondement du paradigme de l'universalité c'est la primauté de la personne humaine et le second c'est une certaine forme d'Etat.

## **2) L'Etat libéral et démocratique :**

Un Etat libéral et démocratique est seul à garantir l'Homme contre les atteintes du pouvoir même  
s'il est concevable d'envisager la liberté en dehors de la démocratie (B. Constant) selon lui on peut faire vivre la liberté dans une société politique où tous les Hommes n'auraient pas le droit de suffrage. Il y a une crainte que la démocratie Gouvernementale des masses aboutisse à une servitude, une tyrannie.



Cette approche n'est plus concevable aujourd'hui. La société politique doit être ouverte ce que seul la démocratie permet.

**H. Kelsen** : Philosophe Autrichien puis Américain. Il a écrit un ouvrage moins connu en 1929 « La démocratie, sa nature, sa valeur ». Dans cet ouvrage il explique que ce qui caractérise la démocratie c'est qu'on a la garantie qu'on ne peut atteindre que des valeurs relatives car on est pas dominé par une transcendance, il y a des confrontations du bien qu'il faut équilibrer.

Cet aspect là moins connu, il préconise que le Parlement soit élu à la proportionnelle car comme cela tous les courants de pensées seront représentés pour qu'il y ait une libre concurrence des idées. Ces forces politiques qui sont obligés de s'accorder doivent compromettre. C'est l'avantage de la démocratie.

**K. Popper** : Autrichien puis Américain 1902-1994 son principal ouvrage est « La société ouverte et ses ennemis ». Il classait les sociétés Humaines en deux catégories : ouvertes ou fermées. Les sociétés ouvertes sont libres et égalitaires om l'individu est la valeur suprême avec la raison.

Une société close au contraire est une société tribale, magique, autoritaire avec des tabous. Pour une société de liberté il faut se débarrasser de toute référence à l'absolu transcendance qui sont le lit de la tyrannie.

On va voir le rapport au pouvoir puis les contraires (systèmes opposés à l'Etat libéral).

#### **a) Le rapport de l'individu au pouvoir :**

Pour qu'il y ait un Etat libre et démocratique il faut que l'individu ait une zone de liberté individuelle, le pouvoir peut être dangereux pour cette liberté. B. Constant mort en 1830 a été un intellectuel et un homme politique, il a écrit plusieurs ouvrages et notamment en 1815 « de la liberté des anciens comparée à celle des modernes ».

- Pour les anciens : la liberté est la liberté antique comme à Athènes où les hommes libres (on exclue les esclaves et les femmes) peuvent participer au Gouvernement de la cité. Il n'y a pas de sphère de liberté en dehors du pouvoir où l'on soit tranquille.
- Chez les modernes il y a cette sphère où chacun peut s'épanouir et agir librement sans rendre de compte.

Pour B. Constant seul un Etat libéral garantie la sphère d'autonomie. Les droits et libertés attachés à cette sphère de liberté ne sont pas sans limites. La liberté des modernes ne sépare pas l'indépendance privée et la participation au pouvoir politique. Grâce à la participation au pouvoir politique on peut veiller à ce que son autonomie personnelle soit préservée.

Dans un Etat démocratique selon B. Constant on demande à l'Etat de s'abstenir d'intervenir dans la sphère de liberté, il y a des inconvénients : grâce à cette conception de la liberté il y aurait un libéralisme économique or s'il n'est pas réglementé il y a accentuation

des inégalités. On demande au contraire en économie à l'Etat d'intervenir, B. Constant veut un Etat Gendarme alors qu'on souhaite un Etat providence : il faudrait l'intervention de l'Etat pour éviter que la liberté ne soit réduite à néant.

On pense à un courant de pensée : le Catholicisme Social avec H. Lacordaire « Entre le riche et le pauvre c'est la liberté qui opprime et c'est la loi qui affranchit », il faut que l'Etat intervienne pour réduire les inégalités. On ne peut pas imaginer une société où chacun défend sa sphère de liberté jalousement.

F. Ozanan « D'où vient-il que dans la société il y a des riches et des pauvres ? Ce n'est pas Dieu qui fait les pauvres mais la liberté », il y a des limites à la non interférence de l'Etat ; il faut une sphère mais il faut aussi une correction par l'autorité publique. Quand il y a un problème on appelle l'Etat. Dans le rapport général du CE de 1999 il y avait comme thème l'intérêt général.

Ces quelques caractéristiques expliquent que cette forme d'Etat exclue des conceptions totalitaires ou autoritaires. Toutes les conceptions de la démocratie qui placent la société, l'Etat ou le parti au dessus de tout sont des autoritarismes ou des totalitarismes. Ex : le parti unique. S'il y a primauté de la personne Humaine c'est qu'elle l'emporte sur toutes les institutions.

Liste des conceptions exclusives de l'Etat libéral et démocratique :

- Les Bonapartismes : le 1<sup>er</sup> à la fin du XVIII puis le second plus tard avec Louis Napoléon Bonaparte.
- Sous la Révolution Française certaines phases avec le Gouvernement de la terreur. Les rapports entre citoyens et Etat sont aux antipodes de ce que l'on recherche. Les grands politiques de l'époque ont cherché à justifier ce Gouvernement. Il y aurait eu un correctif : la vertu des Gouvernants.
- Nationalisme avec l'action Française c'est la suprématie de la nation qui entraîne une exclusion de certains.
- Le Pétainisme, le régime de Vichy et la révolution nationale, c'était un régime de discrimination, d'exclusion et de collaboration.
- La Marxisme et ses débouchés : au départ il y a une idée intéressante : si l'on se contente de proclamer abstraitement la liberté c'est une illusion il faut créer les conditions de la liberté. Les régimes nés de cette doctrine sont aux antipodes de l'Etat libéral et démocratique.
- Le Fascisme Espagnol et Italien avec le culte du chef.
- La Nazisme : supériorité de certains.
- Toutes les formes d'Etat théocratique.

Le paradigme de l'universalité repose sur les deux éléments que l'on a vu. Primauté de la personne Humaine et l'Etat libéral et démocrate.

## **B) L'affirmation du paradigme :**

On va décliner chronologiquement au plan interne puis international.

### **1) Au plan interne :**

On pense à l'exemple de la DDHC de 1789. C'est à priori un texte daté et situé le 26 août 1789

par l'Assemblée Constituante Française. Si on examine le contenu on voit que cette déclaration est censée concerner tous les Hommes. C'est l'Homme en tant que tel qui est visé. C'est une déclaration à caractère abstrait et intemporel. C'est un messianisme révolutionnaire, ça s'adresse et ça vaut pour tous les peuples. Il faut lire ce texte en détail. Le mot Français n'est utilisé qu'une fois au début « Les représentants du peuple Français ». Après on ne fait plus que côtoyer des entités : Hommes, citoyens, nation, volonté générale. Avant 1789 dans d'autres pays on a déclaré des droits.

Ex : déclarations anglo-saxonnes (Angleterre, Etats-Unis). Avaient-ils proclamé une déclaration à vocation universelle ? Non ça valait pour le peuple local.

Ex 2 : La Magna Carta de 1215 on trouve des traces de ce que l'on peut appeler le droit à un procès équitable.

Ex 3 : Pétitions des droits il y a des garanties contre les arrestations arbitraires 1629.

Ex 4 : Fin de la seconde révolution Britannique Bill of Rights de 1689 et interdiction des peines excessives, liberté des élections.

Ex 5 : 1701 acte établissant l'inamovibilité des juges.

Avant la France il y a eu des textes mais ils ne s'adressent pas à l'humanité mais au peuple local, il n'y a pas de message universel. Les auteurs Britanniques au niveau de 1789 revendiquent cette particularité. Un auteur Anglais s'oppose à la révolution Française : E. Burke. Il fait paraître « réflexion sur la révolution de France » 1790 il est très critique et se moque de l'esprit Français. Pour lui on ne peut reconnaître des droits que pour un peuple donné, on ne peut pas envisager l'Homme en dehors d'un groupe donné. Il oppose les droits abstraits Français aux droits concrets Anglais. Il reproche l'abstraction. Il est suivi par des auteurs Français fin XVIII début XIX J. De Maistre « Considérations sur la France » 1796 et Louis de Bonald 1802 « La législation primitive considérée par la seule lumière de la raison ». Les textes Britanniques ne s'adressent pas à l'Homme mais sont situés.

**L'exemple Américain :** lorsque les colonies Britanniques d'Amérique du Nord se séparent elles adoptent le 4/07/1776 la déclaration d'indépendance. Ce texte est instructif, il y a le souci de s'expliquer sur les raisons de la dissidence, on fait référence aux lois de la Nature

« Nous tenons pour évidentes pour elles-mêmes les vérités suivantes : tous les hommes sont créés égaux ; ils sont doués par le Créateur de certains droits inaliénables ; parmi ces droits se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur ».

C'est abstrait, on sent l'influence de Locke

« Les gouvernements sont établis parmi les hommes pour garantir ces droits, et leur juste pouvoir émane du consentement des gouvernés. Toutes les fois qu'une forme de gouvernement devient destructive de ce but, le peuple a le droit de la changer ou de l'abolir et d'établir un nouveau gouvernement, en le fondant sur les principes et en l'organisant en la forme qui lui paraîtront les plus propres à lui donner la sûreté et le bon heur. »

Il y a eu des déclarations de droits, des constitutions, qui contenaient des droits et libertés générales mais il y a des différences avec la DDHC de 1789. La déclaration des colonies US qui a influencé la DDHC de 1789 c'est la déclaration des droits de l'Etat de Virginie le 12/06/1776. Elle contient 18 articles rédigés par T. Jefferson.

Ces déclarations sont très concrètes, elles visent à préciser les droits reconnus aux Hommes, elle définit les procédés judiciaires (jugement par un jury), procédés politiques (fréquence des élections). Il y a un souci de rendre concrète ces déclarations.

Les colons britanniques d'Amérique du Nord avaient des institutions libres mais se sont révoltées car le parlement Anglais a voté des lois iniques sans les consulter. Ils ne veulent pas comme ce que l'on fera en France faire table rase du passé, ils veulent revenir en arrière avant l'intervention du Parlement Anglais. Ils Constitutionnalisent les droits qu'ils tenaient d'avant, ils veulent retrouver l'ancien droit, les Français eux voudront créer un nouveau droit.

Cette tendance Française apparaît dans d'autres textes avant le Code Civil l'article 1 du projet de Code Civil de l'an 8 « Il existe un droit universel et immuable, source de toutes lois positive, il n'est que la raison universelle en tant qu'elle gouverne tous les Hommes ». C'est très universel.

## **2) L'affirmation au plan international :**

Le moment clé c'est la fin de la 2<sup>ème</sup> Guerre Mondiale, on sort d'une épreuve terrible : on prend conscience des atrocités et des crimes, on veut instituer un ordre international nouveau. Cet ordre n'est jamais arrivé. Ce qui est caractéristique de cette volonté c'est le rappel des droits inaliénables et imprescriptibles de l'Homme présents dans tous les systèmes sociaux. Voyons quelques textes de l'époque :

- La Charte des Nations Unies c'est le texte fondateur de cette organisation qui a vocation à fédérer tous les pays dans l'organisation. Préambule article 2 « NOUS, PEUPLES DES NATIONS UNIES, RÉSOLUS à préserver les générations futures du fléau de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances, à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites » il y a un message universel.
- DUDH pris en assemblée générale des Nations Unies le 10/12/1948. Cette déclaration quand on examine le contenu a été faite pour rappeler le caractère inaliénable de la personne Humaine : morceaux choisis :

« Considérant que la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité et que l'avènement d'un monde où les êtres humains seront libres de parler et de croire, libérés de la terreur et de la misère, a été proclamé comme la plus haute aspiration de l'homme. »

« Considérant que les Etats Membres se sont engagés à assurer, en coopération avec l'Organisation des Nations Unies, le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

« Considérant qu'une conception commune de ces droits et libertés est de la plus haute importance pour remplir pleinement cet engagement. »

« L'Assemblée Générale proclame la présente Déclaration Universelle des Droits de l'Homme comme l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations »

« Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité »

Les rédacteurs savent qu'il faudra du temps pour atteindre cet idéal.

- Plusieurs textes internationaux : pacte international pour les droits civils et politique, pacte pour les droits économiques sociaux et culturels le 16/12/1999.
- Conférence Mondiale de Vienne en 1993 par les Nations Unies le 14-25/06/1993 sur les droits de l'Homme, on a adopté une déclaration et un programme d'action par consensus. Il y a l'affirmation nette de l'universalité Point 1 Paragraphe 5 « Tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés. La communauté internationale doit traiter des droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance. S'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des Etats, quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales. »

Ca ne signifie pas pour autant que cette universalité proclamée se retrouve dans les faits et qu'il y a une universalité réelle. En 1998 F. Sudre a été sollicité pour le 50<sup>ème</sup> anniversaire de la DUDH il a fait un article sur un bilan « La DUDH aperçu rapide » : le principe d'universalité est proclamé mais contesté.

Quand on examine certaines conférences préparatoires à la conférence de Vienne on voit apparaître des nuances importantes sur l'universalité. Ex : En Asie la conférence de préparation de Bangkok en Mars Avril 1993 a réuni 49 Etats il y a une proclamation de l'importance de la DUDH mais « Reconnaisant qu'on devrait encourager la promotion des droits de l'homme par la coopération et le consensus, et non dans une atmosphère d'antagonisme et en imposant des valeurs incompatibles. »

Il semblerait que selon les régionalismes il y aurait des variations et des différences.

On va réfléchir à un débat ancien, y a-t-il des droits et des libertés au-delà des différences qui valent pour tous, qui sont universels. C'est une question ancienne. 3 auteurs :

- Celui qui a lancé le débat sur les droits et libertés pour tous au XVI<sup>e</sup> était le théologien dominicain Bartholomé de las Casas. C'est un auteur considérable, son œuvre « Histoire des Indes » a été traduite. On le surnommait le défenseur des Indiens. Il a abordé la question des rapports entre les peuples de cultures différentes.

- 2 auteurs US de la fin du XXème le 1<sup>er</sup> a été élève du second :
  - **F. Fukuyama** a travaillé au département d'Etat puis est devenu universitaire à la fin de 1980 début 1990 avec la fin de la guerre froide il a écrit un ouvrage en 1992 « La fin de l'histoire et le dernier Homme ». Sa thèse : l'horizon des sociétés humaines c'est l'économie libérale de marché et la démocratie c'est la seule chose viable. L'humanité irait vers un modèle unique.
  - A l'opposé son professeur d'Harvard S. Huntington en 1996 a écrit « Le choc des civilisations » idée : pendant longtemps la société était dans une structure ternaire : capitalistes / socialistes / tiers monde, c'est dépassé aujourd'hui il y a un système plus dangereux avec 8 civilisations qui vont entrer en conflit : Occidentale, latino-américaine, musulmane, chinoise, indoue, slaves orthodoxes, bouddhistes, japonaise. Des conflits de civilisation culturels vont émerger, les valeurs propres et la religion seront au cœur de ces conflits.

Fukuyama voit un avenir radieux, Huntington est plus pessimiste il prend comme exemple les deux phénomènes les plus marquants selon lui : le réveil de l'Islam et le développement de l'Asie avec leurs valeurs opposées à celle de l'occident sur la femme, le culte, le rejet de l'individu l'universalité est battue en brèche.

S'il y a d'un côté un paradigme de l'universalité il y a aussi une conception des DLF différente.

### **Paragraphe II : La prégnance de la pluralité :**

Il y a une opposition entre la récurrence de l'universalité et du pluralisme, de la diversité des approches. Depuis longtemps on parle des particularismes.

Fin XVIII J. Demestre a dit « Il n'y a point d'Hommes dans le Monde j'ai vu des Français, des Italiens, des Russes on peut être Persan mais je n'ai jamais vu l'Homme, s'il existe c'est à mon insu. Il n'y a que des individus qui vivent dans des sociétés déterminées à des moments déterminés. »

M. Foucault « L'Homme est mort, seuls existent des hommes dans des cultures déterminées ».

Des auteurs en anthropologie juridique s'intéressent à cette question, ils pensent à l'universalité des DLF. N. Rouland a commencé comme juriste classique en histoire du droit et droit romain puis il s'est intéressé à l'anthropologie du droit, il dirige le seul DEA français d'anthropologie du droit. Il a écrit plusieurs ouvrages comme en 1991 « Au confins du droit ».

Autre catégorie de juristes : les spécialistes des DLF se posent la question de la compatibilité entre universalité et pluralité.

P. Wachsmann a écrit plusieurs ouvrages il s'interroge sur l'origine des DLF, de l'universalité, il se demande s'il n'existe pas un ethnocentrisme des droits de l'Homme. Cet ethnocentrisme est général, il existe partout. C'est une tentation permanente de l'esprit Humain on projette nos schémas sur les autres sociétés sans prendre en compte les spécificités, les DLF sont un universalisme mais ils ne sont pas universels. Quelle est la raison du décalage entre l'affirmation de l'universalité et son application ? Il donne deux explications possibles :

- La thèse du retard, il y aurait des retards accidentels dans un mécanisme inévitable qui nous emmènera à l'universalité.
- Ce non respect ne s'explique-t-il pas simplement par des thèses négatrices ou différentes ?

Il y a une origine occidentale des droits de l'Homme. Ce constat nous oblige à nous lancer dans un inventaire des conceptions, chaque Homme n'accède à l'universalité que par une culture dont il faut tenir compte. Claude Lévi-Strauss en 1952 a écrit « races et histoires ».

Nous accédons à l'humanité par une société particulière, une culture. On va voir la conception asiatique et Islamiste. Il faudrait parler des conceptions car il n'y a pas que des conceptions parfaitement homogènes qui s'ignorent. C'est en partie la théorie de Huntington. Il est rudimentaire d'employer le singulier.

### **A) La conception Occidentale :**

C'est celle que l'on connaît la mieux, il y a beaucoup de choses à dire. Pour chaque conception on va hésiter entre dire «le ou les » conception(s). On sait qu'entre conception du droit générale ou conception de la personne Humaine il y a des différences d'approches : ex : il y a des différences entre la tradition juridique anglo-saxonne très pragmatique et la tradition romano germanique très rigide.

#### **1) Les caractéristiques générales de cette conception :**

On va d'abord se rappeler que cette conception est le résultat d'une Histoire singulière qui a débouché sur l'Etat de droit.

##### **a) Une Histoire singulière :**

Il y a eu de grands moments au XVII et au XVIII avec le contrat social, les droits inaliénables, mais cette proclamation n'a jamais été exclusive de discriminations, d'exclusions.

**Ex Britannique :** depuis le début du XIII avec la « Statute Law » on a reconnu des droits et libertés mais il y a une autre source importante : « La Common Law » dans laquelle est proclamée le droit de faire valoir sa défense. Ex : un arrêt au XVIII 1723 Bentley a affirmé le droit à un tribunal indépendant et impartial.

Les Britanniques ont été des précurseurs mais cette proclamation n'excluait pas des inégalités, des discriminations. Ces grands textes ne pouvaient pas masquer de profondes inégalités dans la société, avec notamment l'oppression de l'Irlande, les Catholiques ont été exclus des fonctions publiques jusqu'en 1829, il y avait une justice de classe, et une situation difficile pour les enfants.

**Ex Américain :** Il y a deux textes principaux : la déclaration d'indépendance de 1776 puis la Constitution de 1787 qui ne comporte pas de droits et libertés au départ, c'est une différence avec la Constitution Française de 1789 ; mais plus tard en 1789 aux Etats-Unis on a

adopté 10 amendements dans le « Bill of Rights » qui contenaient des droits et libertés, il est entré en vigueur en 1791.

Les colons proclament des droits et libertés mais qui ne valent pas pour tous ex : dans la déclaration d'indépendance du 4/07/1776 on trouve ce passage qui fait référence aux indiens « ces sauvages sans pitié, dont la manière bien connue de faire la guerre est de tout massacrer, sans distinction d'âge, de sexe ni de condition ». Un des pères de la Constitution J. Madison a dit que les esclaves sont un « bien et une personne ». Il faudra attendre pour que les Etats-Unis deviennent une démocratie. Dès le XVIII les Quakers ont essayé de s'opposer à l'esclavage mais l'abolition n'a eu lieu qu'en 1815.

La Cour Suprême des Etats-Unis a eu des jurisprudences étonnantes avant cela sur les droits et libertés : ils ne valaient pas pour tous. Il a fallu attendre 1865 le 13<sup>ème</sup> amendement pour abolir l'esclavage. Le 19<sup>ème</sup> amendement de 1920 donne le vote aux femmes, le 24<sup>ème</sup> amendement de 1964 abolit toutes les discriminations. Citons deux décisions :

- **1857 : Dred Scott vs. Sanford** dans cette affaire il fallait se prononcer sur une loi mettant en cause l'esclavage, est-ce conforme au 5<sup>ème</sup> amendement qui prévoit qu'aucun citoyen ne peut être privé de la propriété, on a reconnu que les noirs n'étaient pas des citoyens « Nous pensons qu'ils ne sont pas de citoyens au sens de la Constitution et ne peuvent donc réclamer aucun des droits et privilèges réservés pour la protection des citoyens des Etats Unis. Ils sont considérés comme subordonnés et une catégorie inférieure d'êtres qui ont été soumis par la race dominante et ce qu'ils soient émancipés ou non ; ils demeurent soumis à l'autorité et n'ont aucun droit ou privilèges hormis ceux que le pouvoir et les Gouvernants peuvent choisir de leur accorder. »
- **Autre affaire 1896 Plessy vs. Ferguson** : dans cette affaire il s'agissait d'une loi sur la discrimination raciale dans l'enseignement, on pouvait prévoir des écoles séparées. La Cour Suprême n'a rien à redire car les services bien que distincts sont égaux. Il faudra attendre le milieu du XXème 1954 l'arrêt Brown pour avoir un revirement « si les écoles sont séparées il y a atteinte à l'égalité ».

**Ex Français** : là aussi il y a eu des textes dont la déclaration de 1789 qui a une vocation universelle et proclame des droits et libertés. Il faut savoir qu'avant 1789 il y avait eu des textes qui posaient des jalons, limitant les pouvoirs du Roi et posaient des droits et libertés :

- **l'édit de tolérance de Novembre 1787** visait les Protestants, cet édit leur donne l'Etat Civil qui est confié aux juges royaux, ils pourront célébrer en privé leur culte et exercer tous les métiers sauf l'enseignement et les fonctions judiciaires ou municipales.
- Le Parlement (plus haute juridiction du royaume) de Paris en Mai 1788 a adopté la déclaration des droits de la Nation, on trouve certains éléments qui annoncent 1789.

Pour les Constituants Français la déclaration de 1789 ne vaut pas pour tous les territoires et les Peuples : les colonies. L'esclavage dans les colonies a été aboli le 4/02/1794 mais il a fallu essayer d'appliquer sur le terrain. En 1802 Napoléon a rétabli le 10/05 l'esclavage, l'abolition



définitive interviendra en Mars Avril 1848 mais il y a une contrepartie pour les propriétaires d'esclaves.

Il a fallu attendre 1946 pour certains droits civils et politiques, le droit de vote a été donné aux femmes en 1944. L'Histoire est aussi collective au sein du continent Européen. Il y a un patrimoine commun, le traité de Londres le rappelle, aujourd'hui il y a 44 Etats dans le Conseil de l'Europe soit 850 Millions d'habitants qui sont censé partager les mêmes valeurs. Il y a des valeurs communes inscrites dans les textes comme la Convention EDH du 4/11/1950 avec au centre un concept unificateur : celui de société démocratique.

Voyons 3 arrêts significatifs de la Cour de Strasbourg :

- **Le 13/08/1981 Young James et Webster** : on trouve la formule suivante « **la démocratie ne se ramène pas à ... dominante** ». C'est un arrêt qui insiste sur le fait que la démocratie est aussi le respect des droits des minorités.
- **Le 30/01/1998 sur la Turquie Parti Communiste Unifié de Turquie et autres c/ Turquie**, c'était un problème de dissolution de partis politiques dissout alors qu'il a à peine été créé « **la démocratie apparaît comme l'unique ... elle** ».
- **Le 31/07/2001 arrêt Partie de la Prospérité c/ Turquie ou Refah Partisi** C'est un arrêt intéressant à plusieurs titres. Ce parti avait le plus grand nombre de députés et de plus la plupart des responsables actuels en sont issus. Les dirigeants ont créé un nouveau parti aussitôt dissout puis encore un nouveau parti... (actuellement le dernier parti en date est lui aussi attaqué pour le dissoudre). Paragraphe 42 de la décision « **La Convention EDH doit se comprendre comme un tout... rôle clé** ».

La société démocratique est conçue sur le pluralisme de la vie politique et la prééminence du droit. Cet arrêt n'est pas définitif car il a été jugé par 7 juges il peut donc faire l'objet d'un appel pour être réexaminé devant 14 juges, l'appel a été accepté.

#### **b) Le concept d'Etat de droit :**

C'est un concept central depuis 20 ans, on l'a rencontré plusieurs fois, c'est une notion ancienne, si on s'en tient à la France, il a été introduit par R. Carré de Malberg grand publiciste. Ça a été un des monuments de la science juridique Française, dès 1920 il a écrit « Contribution à la théorie générale de l'Etat » il a introduit en France ce concept, il l'a trouvé en droit Allemand : « Le Rechtsstaat ». L'Etat de droit c'est de façon sommaire la soumission des organes de l'Etat au droit, ça s'oppose à l'Etat de police, il y a plusieurs conceptions en occident mais on retient une définition substantielle et non formelle.

Il y a deux façons d'appréhender ce concept :

- Une façon réductrice : la conception formelle.
- Une façon plus intéressante : la conception substantielle.

#### **La conception formelle :**

Selon elle on est dans un Etat de droit lorsque les normes forment un ensemble hiérarchisé, les organes de l'Etat agissent avec les procédures et les autorisations du droit. Il suffit de vérifier qu'il y a cela dans un pays donné à un moment donné pour trouver un Etat de droit ; on s'attache à l'existence de la règle et non pas au contenu. Tout Etat est normalement un Etat de droit selon cette conception ; c'est un problème qui s'est posé aux juristes Européens dans les différents Etats totalitaires.

Ex : l'Etat Nazi était-il un Etat de droit ? Selon la conception formelle oui, mais pas selon la conception substantielle. A la fin des années 1970 la doctrine Française disait qu'il y avait là des Etats de droit.

Ex 2 : Le régime de Vichy, les juristes qui enseignaient à l'époque s'interrogeaient sur la qualification du régime. L'Etat de droit se résume ici à une hiérarchie de normes, peu importe le contenu.

Ex : Charles Eisenmann « **Le droit positif ne se définit pas comme un système juste ou injuste** », peu importe le contenu des règles c'est une perspective du positivisme juridique.

### **La conception substantielle :**

C'est moins simpliste, il ne suffit pas d'avoir des autorités liées par le droit, il faut que le droit ait des caractéristiques, des qualités particulières, on ne pourra parler d'Etat de droit que s'il y a des valeurs et une doctrine libérale du pouvoir politique. Le droit n'est pas n'importe quel droit. Quelles sont ces valeurs ?

- Il n'y a d'Etat de droit digne de ce nom que si la finalité de la politique est l'individu, l'intérêt général, la solidarité, la conciliation des droits et libertés...
- Il n'y a d'Etat de droit que s'il y a une société laïcisée : il faut une séparation du politique et de la religion, de la religion et du droit. Le religieux est du domaine privé. Ca signifie que la religion relève du domaine privé, chaque individu a la liberté de religion, de croire ou non, de changer de religion.

Si on revient sur la Convention EDH et la Cour de Strasbourg on trouve deux grands arrêts sur la laïcisation :

- **Kokkinakis c/ Grèce 25/05/1993** ça concerne les Témoins de Jéhovah. M. Kokkinakis était un Témoin maintes fois condamné pour prosélytisme, il est allé chez quelqu'un pour essayer de le convertir mais c'était un chantre de l'Eglise Orthodoxe ; M. Kokkinakis a été poursuivi et condamné, la religion Orthodoxe est quelque chose de très important en Grèce, c'est une quasi religion d'Etat pour des raisons historiques d'indépendance de la Grèce. A Strasbourg la Cour EDH a indiqué paragraphe 31 de sa décision « **Cette liberté figure dans sa dimension religieuse comme... indifférent** ». Si on croit on peut essayer de convaincre mais dans certaines limites.

Autre caractéristique de l'Etat de droit en conception substantielle, il n'y en a un que si les règles des droits et libertés fondamentales sont justiciables et peuvent être défendues en justice ; tous les organes de l'Etat doivent être soumis à un contrôle judiciaire. C'est la différence entre

l'Etat légal et de droit. L'Etat légal est un Etat où on ne contrôle que l'exécutif et pas le législatif, on protège les administrés mais il n'y a pas de contrôle sur le législatif.

L'Etat de droit est une forme d'Etat qui vise à sauvegarder les droits contre tous les pouvoirs, il n'y a d'Etat de droit que si on constate un contrôle de Constitutionnalité de la loi. On doit vérifier que le Parlement respecte les droits et libertés. En France il a fallu attendre le Conseil Constitutionnel pour avoir un contrôle de la loi.

Le principe de la séparation des pouvoirs : il est proclamé dans l'article 16 de la DDHC de 1789. C'est une condition vitale pour pouvoir parler d'un Etat de droit.

L'Etat de droit suppose que le système politique juridique soit organisé autour du principe de pluralisme, il peut porter sur différents aspects : comportements, mœurs, conceptions... Le Conseil Constitutionnel en parle souvent. Le respect du pluralisme est une condition de la démocratie. La Cour de Strasbourg insiste beaucoup dessus avec la liberté de la presse. La Cour EDH a une conception élevée.

La liberté de la presse a une telle importance dans une société démocratique que la Cour EDH dit que c'est le chien de garde de la société démocratique. Aux Etats-Unis c'est encore plus important. Cette conception comporte des faiblesses et est marqué par des relativismes, on va en parler.

## **2) Le relativisme :**

Derrière l'unité apparente il y a des différences de conception sur certains droits et libertés. Si on pense à des principes importants comme la dignité de la personne Humaine on est frappé par la différence des solutions juridiques apportées malgré que l'on parle d'un patrimoine commun.

**En matière de liberté de conscience et statut de la religion :** en principe on a des sociétés laïcisées dans les Etats démocratiques. Or on est frappé par les références religieuses dans les textes constitutionnels. Ex : la déclaration d'indépendance US est très religieuse. « Dieu de la Création » sur les dollars il est écrit « In God We Trust ». C'est une société très religieuse malgré la séparation entre la religion et l'Etat.

**Ex : la Suisse :** Il y a une nouvelle Constitution par révision intégrale. La 1<sup>ère</sup> datait de 1874 puis a été révisée 140 fois puis il y a eu une refonte totale et le 1/01/2002 elle est entrée en vigueur. Dans le préambule on trouve

Au nom de Dieu Tout-Puissant!

Le peuple et les cantons suisses,

Conscients de leur responsabilité envers la Création,

Résolus à renouveler leur alliance pour renforcer la liberté, la démocratie, l'indépendance et la paix dans un esprit de solidarité et d'ouverture au monde,

Déterminés à vivre ensemble leurs diversités dans le respect de l'autre et l'équité,

Conscients des acquis communs et de leur devoir d'assumer leurs responsabilités envers les générations futures,

Sachant que seul est libre qui use de sa liberté et que la force de la communauté se mesure au bien-être du plus faible de ses membres,

Arrêtent la Constitution<sup>1</sup> que voici:

C'est surprenant.

**Ex : Constitution Grecque de 1975** : il y a un particularisme institutionnel frappant le Président de la République doit prêter fidélité à la religion Orthodoxe et jusqu'à récemment la religion figurait sur les cartes d'identité.

**Ex : Irlande 1937** la Constitution a des références religieuses évidentes qui contredisent la laïcité « Au nom de la très sainte trinité, de laquelle découle toute autorité et à laquelle toutes les actions des hommes et de l'état doivent se conformer en vue de notre fin, Reconnaisant humblement toutes nos obligations envers notre seigneur, Jésus Christ, qui soutint nos pères tout au long des siècles »

Au début de 1789 on parle de « L'Etre Suprême ». Les conceptions de la laïcisation varient selon les pays : France, Allemagne, Turquie, Angleterre... Il y a des pays Européens qui dans leur droit pénal ont l'incrimination de blasphème comme l'Autriche. Il y a la question du port de signes d'appartenance religieuse. La façon de régler ce problème n'est pas la même dans les différents. Il peut y avoir des approches très différentes.

#### **En matière de droit à la vie :**

Dans toutes les conceptions des droits et libertés fondamentales il occupe une grande place, c'est le premier de tous les droits. Si le droit à la vie a une grande place quand on va dans le détail il y a des différences fondamentales. Ex : la peine de mort.

Dans les Etats Européens la peine de mort est délégitimée, le mouvement d'éradication est irréversible depuis le protocole additionnel de 1983. En Mai 2002 le protocole additionnel numéro 13 interdit la peine de mort en toute circonstance. Sur la charte des droits fondamentaux on a inscrit l'interdiction de la peine de mort. Le Tribunal Pénal International pour l'ex Yougoslavie et la Cour Pénale... ils peuvent prononcer toute peine sauf la peine de mort.

Aux Etats-Unis il y a une approche différente malgré un débat. 38 Etats appliquent la peine de mort et elle est pratiquée mais moins qu'en Chine ... La jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis avait accepté qu'elle soit appliquée pour les déficients mentaux ou des mineurs au moment des faits. Cette jurisprudence a changé le 20/06/2002 avec l'arrêt Atkins qui interdit la peine de mort pour les déficients mentaux.

**La question de l'euthanasie active** : dans la plupart des pays c'est pénalement réprimé comme en France ; mais en Belgique et aux Pays-Bas on a légitimé l'euthanasie active sous certaines conditions. Ce problème est tellement important que la Cour EDH s'est prononcée dans l'affaire Pretty du 29/04/2002, ils ont refusé l'euthanasie sur le fondement de l'article 2 de la Convention EDH.

**Les questions de Biomédecine** : qu'en est-il de la procréation artificielle, les différentes législations ont des conceptions différents. Ex : les mères de substitution c'est illégal en France et autorisé aux US. Les délais d'avortement varient : jusqu'à 22 semaines en Angleterre.

#### **B) Les conceptions Africaines :**

On change d'horizon, faut-il ici dire la ou les conceptions ? Y a-t-il une unité des conceptions

entre les pays d'Afrique ? Il y a déjà des oppositions criantes entre Afrique du Nord et du Sud, certaines parties ont été influencées par la colonisation, il y a de très nombreuses conceptions J. Vanderbilden « Les systèmes juridiques Africains ».

Quand on examine les textes sur les droits de l'Homme à l'échelle du continent Africain, ce sont des textes qui s'inscrivent dans la perspective universelle. Ex : dans le cadre de l'OUA qui deviendra l'UA le 25/06/1981 on a adopté l'équivalent de la Convention EDH : la Charte Africaine des droits de l'Homme et des peuples entrée en vigueur en 1986.

Morceaux choisis :

« Tous les pouvoirs de gouvernement, qu'ils soient législatifs, exécutifs ou judiciaires sont l'émanation, après Dieu, de la volonté du peuple, qui a le devoir de désigner ceux qui président aux destinées de l'État et, en dernier ressort, de décider de toutes les questions d'intérêt national, conformément aux nécessités du bonheur de tous.

Considérant la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine, aux termes de laquelle, "la liberté, l'égalité, la justice et la dignité sont des objectifs essentiels à la réalisation des aspirations légitimes des peuples africains";

Reconnaissant que d'une part, les droits fondamentaux de l'être humain sont fondés sur les attributs de la personne humaine, ce qui justifie leur protection internationale et que d'autre part, la réalité et le respect des droits du peuple doivent nécessairement garantir les droits de l'homme;

Article 60

La Commission s'inspire du droit international relatif aux droits de l'homme et des peuples, notamment des dispositions des divers instruments africains relatifs aux droits de l'homme et des peuples, des dispositions de la Charte des Nations Unies, de la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine, de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, des dispositions des autres instruments adoptés par les Nations Unies et par les pays africains dans le domaine des droits de l'homme et des peuples ainsi que des dispositions de divers instruments adoptés au sein d'institutions spécialisées des Nations Unies dont sont membres les parties à la présente Charte. »

Dans d'autres parties on invoque des particularismes avec une approche spéciale **considérant 4** « Tenant compte des vertus de leurs traditions historiques et des valeurs de civilisation africaine qui doivent inspirer et caractériser leurs réflexions sur la conception des droits de l'homme et des peuples;».

On est devant une conception qui s'inscrit dans l'universalité mais revendique des spécificités. Dans cette conception les droits de l'Homme ne sont pas dissociables des droits des peuples. Les droits de l'Homme ne sont pas dissociables des devoirs de l'Homme.

Cette interdépendance à deux niveaux entre les droits de l'Homme et les devoirs des Hommes fait dire aux anthropologues que la conception Africaine est Holiste « conception dans laquelle le plus important c'est le tout ».

### **1) Les droits de l'Homme et les droits des peuples :**

On le voit dans l'intitulé même du texte. Il y a des pendants à la Conv EDH dans le monde ex :

aux US il y a la Convention Américaine des DH, ici on a la Charte Africaine des DH et des Peuples. Les droits des peuples sont conçus comme étant la garantie des droits de l'Homme. C'est une formule apparue dans la Conférence de 1955 à Bandung sur la décolonisation, on reconnaît l'importance de la Charte des Nations Unies mais on revendique un particularisme, le droit des peuples est une condition cf conférence de Bandung.

Dans les dispositions article 19 à 24 de la Charte Africaine on a énuméré les droits des peuples :

- Droit à la décolonisation.
- Droit de choisir librement le système politique.
- Droit de choisir librement le système économique et social.
- Droit de disposer des ressources naturelles.
- Droit au développement de l'identité culturelle.
- Droit à la paix, à un environnement propice au développement des peuples.

Deux observations critiques :

- Ça pose la question de savoir si la protection des personnes passe par la protection du groupe d'appartenance. Certainement s'il n'y a pas de développement économique et social, il n'y aura pas de droits et libertés fondamentaux, ça comporte un risque : ça peut justifier des sacrifices demandés à la personne. Est-ce que ce ne sont pas des droits de l'Etat, la personne ne sera-t-elle pas perdante ?
- Le droit au développement conditionnel les droits de l'Homme il ne peut pas être pensé en dehors des droits de l'Homme, il faut lier les deux. La personne Humaine doit être l'élément central Déclaration de Vienne la personne Humaine doit être « Si le développement favorise la jouissance de tous les droits de l'homme, l'insuffisance de développement ne peut être invoquée pour justifier une limitation des droits de l'homme internationalement reconnus. »

Il y a des droits indépendants de l'état de développement comme le droit à la liberté. Dans les pays où on ne respecte pas c'est une volonté autoritaire. Les droits des peuples sont une condition mais peuvent être un obstacle.

## **2) Droits de l'Homme et devoirs de l'Homme envers la Communauté :**

Ce n'est pas original, dans la fin de la DUDH article 29 al1 les auteurs ont eux aussi été sensible

aux devoirs « L'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seul le libre et plein développement de sa personnalité est possible ». Les auteurs sont conscients de l'interaction entre droits et devoirs. Dans la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des peuples, les articles 27 à 29 sont consacrés aux devoirs.

Si l'on s'interroge sur une autre proclamation régionale on retrouve cette notion : « la Déclaration Américaine des Droits de l'Homme et des devoirs de l'Homme de 1948 », il y a ici une place importante des devoirs comme dans la conception Asiatique

Quels sont les bénéficiaires des devoirs de la Charte Africaine ? La réponse est dans l'article 27 : la société, la famille, l'Etat, la Communauté Africaine (les ancêtres). Article 29 Paragraphe 7 « De veiller, dans ses relations avec la société, à la préservation et au renforcement des valeurs culturelles africaines positives, dans un esprit de tolérance, de

dialogue et de concertation et d'une façon générale de contribuer à la promotion de la santé morale de la société». C'est équivoque, ça peut limiter les droits civils, il y a un risque de loyalisme communautaire. Il y aurait des valeurs positives et d'autres qui ne le sont pas, il faut distinguer, ici il y a un risque de conforter des pratiques attentatoires à la dignité de la personne Humaine (excision...).

Il ne faut pas retenir de telles pratiques (ancestrales). Dans d'autres textes il y a une condamnation de ces pratiques comme dans la Convention des NU de 1979 pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, la convention de 1989 sur les droits de l'enfant, la charte Africaine des droits de l'enfant de 1970, ces pratiques sont illégitimes. Il faut retenir le caractère ambivalent de ces textes.

### **C) La conception Asiatique :**

Il faut ici prendre garde aux généralisations abusives. Le Continent est vaste et fragmenté, il y a des différences notoires comme la société du Japon occidentalisée et à l'opposé l'Arabie Saoudite féodalisée. Il y a au milieu des Etats différents avec un parti unique ou une démocratie, il y a une diversité de religions (shintoïsme ...), une diversité de traditions juridiques (Islamique, Indienne, venant de la colonisation en Indochine...). On est devant un continent très diverse, il n'y a pas vraiment de conceptions homogène.

On va distinguer le particularisme asiatique puis on étudiera la Chine.

#### **1) Le particularisme Asiatique :**

On va faire une série de constatations. Il y a une revendication des particularismes cf : conférence régionales préparatoires en Asie, tous les pays étaient réunis à Bangkok le 2/04/1993 et il y a une déclaration qui tranche avec le discours universel et qui revendique les valeurs asiatiques dont il faudrait tenir compte.

Il y a une structure l'APEC qui réunit de nombreux pays d'Asie ; lors du 6<sup>ème</sup> sommet de cette structure il y a eu une conférence en Novembre 1998 qui a été spectaculaire pour affirmer les valeurs Asiatiques. Il y a eût un incident diplomatique ; le vice président Américain de l'époque : Al Gore représentait les Etats-Unis et a fait une déclaration provocante « parmi les notions qui souffrent nous continuons à entendre des appels pour la démocratie et la réforme comme en Malaisie avec son régime autocrate... » La conférence avait lieu à Kuala Lumpur, les autorités locales ont vu une ingérence et le Ministre du Commerce local Mme Aziz a déclaré « c'est le discours le plus répugnant que j'ai jamais entendu » ;

Les choses ne sont pas simples, il y a de grands défenseurs des valeurs asiatiques comme l'ex Premier Ministre de Singapour de 1959 à 1990 M. Lee Kuan Yew. Un autre qui va partir est le Premier Ministre de Malaisie depuis 1981 M. Mahatir. En Océanie on trouve aussi un discours sur des valeurs locales qu'il faudrait réactiver.

Il y a un constat que l'on doit faire, quand on examine l'Europe, l'Afrique et l'Amérique il y a beaucoup de traité internationaux, en Asie il y a de ce point de vue un vide normatif et on ne trouve pas l'équivalent par exemple de la Convention EDH, il n'y a pas de traités à l'échelle du continent.

Quels sont les obstacles pour la reconnaissance des droits et libertés au sens occidental ?

- La tradition féodale, le poids du passé est considérable comme au Japon.
- Le poids de la tradition, de l'obéissance à la famille, à la communauté, le culte de l'autorité et des entités qui dépassent l'individu comme en Chine et au Japon d'où un manque d'individualisation.

C'était frappant au Japon jusqu'en 1945 où l'Empereur était considéré comme une quasi divinité, la société Japonaise s'est militarisée dans la 1<sup>ère</sup> moitié du XX<sup>ème</sup> siècle. Depuis la fin de la guerre, le rôle de l'Empereur a été réduit, cette idéologie a reculé, avec la nouvelle Constitution de 1946 qui opère une réception des valeurs occidentales. C'est une société en mutation déchirée entre l'individualisme légal et le communautarisme réel.

Dans la Constitution on trouve « tous les citoyens devront être respectés comme individus ». L'individualisation n'est pas pensée comme une valeur en soi, on le voit avec les traditions religieuses comme l'hindouisme dans lequel l'individu n'est pas reconnu comme personne, il est un élément d'une chaîne et a une place déterminée qu'il doit respecter, cela fait obstacle au surgissement des droits et libertés. Ex : le système des castes qui perdure. On peut sortir de sa place grâce à la réincarnation pour se rapprocher de la béatitude.

On retrouve cette vision, les castes en moins dans le Bouddhisme : l'individu n'est qu'une pièce d'un élément et il doit respecter sa place. Ce qui est important ce sont les règles traditionnelles de comportement, les devoirs envers les parents, les autorités... ont une place considérable, serait-ce un devoir envers l'ordre établi ?

On va s'interroger sur la possible instrumentalisation de ces valeurs : cette réflexion a été faite par des leaders d'ONG. Ex : citons un auteur qui connaît bien la Chine, elle enseigne en France, il s'agit d'Anne Cheng. Elle a écrit plusieurs ouvrages sur ce problème. Elle a tenu une conférence en 2000 que le monde a retracé dans laquelle elle parlait de la Chine Confucianiste.

Elle attire notre attention sur le fait que depuis le début des années 1980 on assiste en Chine à une volonté de retourner à Confucius (-555 à -470), il a eu une grande influence sur la tradition politique et juridique Chinoise, il parlait du nécessaire respect des usages, des comportements ritualisés pour la cohérence, l'ordre hiérarchique à partir du noyau central qu'est la famille. Ce retour est intéressant car pendant la révolution culturelle Chinoise cet auteur avait été rejeté.

Dans d'autres régions proches on a l'équivalent comme en Corée du Sud, à Hong Kong, à Singapour, à Taïwan comme s'il fallait une idéologie d'accompagnement. C'est une façon de montrer que le Confucianisme fait parti des valeurs asiatiques. L'extrême Orient a une idéologie de remplacement à l'idéologie individualiste occidentale, il y a une démistification de ce retour.

## **2) La vision Chinoise des DLF :**

Le point de départ est qu'il est difficile de dissocier cette conception depuis 1949 (système Communiste) avec ce que la Chine était avant : il y a une certaine continuité. Il y a un débat doctrinal sur les DLF, débat qui a été encouragé par les autorités Chinoises et notamment



Deng Xiao Ping depuis 1978, il avait lancé le thème de la légalité socialiste « Nous avons besoin d'un ensemble de normes faisant autorité et constamment appliquées ».

Cette relance du droit faite par les nouveaux dirigeants oblige à faire un retour sur la société Chinoise traditionnelle puis on verra la période Maoïste et la volonté de rupture et enfin on regardera la réalité des transformations et on portera un jugement sur cette réalité.

### **a) La société Chinoise traditionnelle :**

Dans cette société, l'appel au juge est à priori le symbole d'un échec, c'est bon pour ceux qui ne sont pas sensibles à l'harmonie. On aura besoin du droit pénal pour les criminels incorrigibles. Il suffit d'obéir aux usages, aux règles intériorisées par l'individu, par l'éducation, l'individu ne doit pas troubler l'harmonie. Chacun doit rester à sa place et respecter ses devoirs, en cas de problèmes on transige, on concilie c'est très important.

Aujourd'hui encore la conciliation est importante : en 1994 il y avait 1 million de comités de médiateur, cette harmonie n'est pas synonyme d'égalité car la société est très hiérarchisée et il n'y a pas de distinction entre espace public et privé.

La société a facilement accepté le Communisme car on est passé d'une instrumentalisation à une autre ; on est passé des féodaux à l'élite du parti. Cette tradition d'obéissance a facilité le communisme en Chine mais Mao était le grand timonier, l'Empereur rouge. Ce qui change c'est le discours, on veut une société sans classes. Ce qui est frappant c'est la marginalisation à cette époque du droit, le droit est de moins en moins enseigné, il y avait de moins en moins de magistrats. « Il n'y a pas besoin de code pénal car les criminels sont rééduqués par le parti, il n'y a pas besoin de code civil car il n'y a pas de propriété privée ».

En 1978 Deng Xiao Ping a voulu condamner le nihilisme juridique, il veut renforcer le système juridique et il appelle à développer le droit civil, économique, administratif. Des centaines de lois ont été adoptées. Il explique fin 1970 que la lutte des classes est terminée même s'il faut des mesures contre les antisocialistes. « Il faut développer des lois sur la procédure pour que les individus aient des garanties contre l'arbitraire des autorités ». Ça ressemble beaucoup aux conceptions occidentales mais il y a des limites objectives, cette autonomie ne s'exerce pas au détriment des activités du Parti Communiste Chinois, de la dictature du prolétariat, de la pensée de Mao.

### **3) Quelle est la nature des transformations : où en est-on aujourd'hui :**

Jugeons la réalité. On peut penser à une date Juin 1989, il y a la répression à Pékin sur la place TianAnMen, Deng Xiao Ping a eu un rôle de premier plan à ce moment. Mais malgré cela depuis 20 ans il y a une intense activité législative, la Chine a adopté des centaines de loi dans différents domaines.

Il y a une série de modifications économiques car en 1992 on est passé à l'économie de marché socialiste. La Constitution du 29/03/1993 a été révisée en son article 15 : avant on parlait de « l'économie planifiée » maintenant on parle de « l'économie de marché socialiste ». La Chine y a intérêt car depuis l'an dernier elle est entrée dans l'OMC. Le

15/03/1999 il y a eu une révision, La République Populaire de Chine devrait adopter le principe de l'Etat de droit, le Gouvernement agirait selon les règles de la loi et il devrait y avoir un Etat réglementé par la loi ».

Dans les années 1990 des lois ont été adoptées comme :

- la loi de 1996 sur les avocats
- 15/03/2000 toute privation de liberté doit être prévue par la loi. On insiste sur des principes qui paraissent évident comme l'autonomie des juges, des procureurs.
- En 1998 il y a eu des règles sur la Cour Suprême Populaire.
- Octobre 2001 principe sur la déontologie du juge et la séparation entre le judiciaire et le politique.

Tout cela nous paraît évident. Au plan international, il y a eu une modification de comportement

des autorités chinoises qui ont en 1991 fait paraître un livre blanc avec la position de la Chine sur les droits de l'Homme « Le Gouvernement apprécie hautement la DUDH, déclaration qui a jeté les fondements internationaux », la Chine étudie son adhésion aux pactes de 1966 : elle a signé pour les droits économiques et politiques en 1977 puis a ratifié en 2001, en 1998 elle a signé pour les droits civils et politiques mais n'a pas ratifié. 1984 et 1988 signature et ratification d'un texte Américain concernant la torture.

Dans le livre Blanc on voit la prudence avec laquelle est abordée cette question, il faut tenir compte de l'individualisme des pays, pas question de reconnaître une nature Humaine, les droits de l'Homme tirent leur consécration de leur reconnaissance par l'Etat (positivisme juridique). Il y a des réserves dans les ratifications notamment pour ce qui concerne le syndicalisme, en Chine il n'y a qu'un seul parti reconnu.

Dans le système juridique Chinois il y a un poids des sanctions administratives (non respect de la non rétroactivité pénale, non respect du procès équitable pour eux le procès doit avoir un rôle éducatif : on donne le verdict puis on fait le procès, il y a un secret de la justice, pas de publicité de la jurisprudence, les dirigeants échappent aux juges, détentions administratives sans contrôle, détention pour rééduquer l'individu par le travail 3 à 4 ans sans aucun contrôle judiciaire).

Sur l'indépendance même de l'ordre judiciaire et les avocats, il semble y avoir des déclarations qui semblent reconnaître des principes standards mais la carrière de tous les cadres est entre les mains du Parti Communiste Chinois qui a un rôle dirigeant : c'est la commission politique et judiciaire qui dirige et contrôle tout, partout et à tous les niveaux.

La police agit sans contrôle pour les gardes à vue jusqu'à 30 jours. Les juges doivent soumettre leur décision à un comité du parti. Pour les avocats il y en a de plus en plus en 1979 il y en avait 200 aujourd'hui il y en a 110.000 mais il n'y a que 20% qui soient indépendants, le reste travaille pour le Gouvernement ils sont contrôlés par le Ministère de la justice et il y a une autorité disciplinaire du parti Communiste. Jusqu'à récemment les avocats devaient remettre leur plaidoirie par écrit à un bureau d'où une liberté de parole réduite.

On est plus à l'époque de Mao qui était hostile au droit et où l'on ne l'enseignait plus, aujourd'hui on a un retour au droit et une prolifération législative mais il n'y a pas un Etat de droit.

On va maintenant adopter une conception problématique pour laquelle il faut beaucoup de prudence.

## **D) La conception Islamique des DLF :**

On va d'abord envisager des exemples significatifs puis on verra qu'il y a une réelle incompatibilité, une conception irréductible, cette incompatibilité est revendiquée, enfin on verra les fondements et les manifestations de cette conception.

Voyons 3 exemples qui montrent que le particularisme est revendiqué par certains acteurs :

Ex 1 : En 1984 devant l'AG des Nations Unies, les différents représentants font des discours et débattent de projets. Le 7/12/1984 le représentant de la République Islamique d'Iran s'exprime « seek ». Ça montre la force des revendications en 1970 il y a eu dans ce pays un changement politique avec l'instauration d'un système théocratique et l'Imam Khomeini.

Ex 2 : Le 28/03/1992 le Roi Fahd a déclaré « le système démocratique prévalant dans le monde ne correspond pas à notre région... le système électoral n'a ici pas droit de cité ». Quand on examine les cinq grands traités sur les Droits de l'Homme on se rend compte que l'Arabie Saoudite en a refusé la plupart.

Ex 3 : Le régime des Talibans (étudiants en religion) qui a disparu en Afghanistan. Au mois de Mai 2001 le régime en place n'est pas reconnu par les Nations Unies, on apprend que le Ministre pour la répression du vice et la propagation de la vertu a ordonné aux Afghans non Musulmans de porter un signe distinctif (ça concerne peu de monde). Cet ordre renvoie à deux choses :

- Le passé des sociétés Musulmanes classiques, les non Musulmans avaient le statut de « Dhimis » (infériorité) et avaient obligation de porter un vêtement distinctif en pays d'Islam.
- Le passé des Sociétés Européennes : on a imposé le port de vêtements particuliers aux Juifs en Pologne et en Allemagne, avec la notion de Ghetto. Dans certains pays Européens on imposait la mention de la religion sur les cartes d'identité ; il y a un particularisme qui obéit à une notion de discrimination.

Quand on s'interroge sur les fondements du particularisme Islamique, cela pose un problème difficile au regard des Droits de l'Homme. La réponse que l'on peut faire à la question de savoir comment concilier Islam et Droits de l'Homme est que : tout dépend de la lecture que l'on fait des textes : est-ce une lecture intégriste ou évolutionniste ?

La question centrale, c'est l'interprétation des textes, c'est une question dans toutes les religions.

### **1) Les fondements :**

On va enchaîner une série de points qui sont des étapes dans le raisonnement.

#### **a) L'interprétation des textes :**

Tout dépend du choix d'une interprétation des textes ; c'est une question centrale pour toutes les

Religions : faut-il développer une lecture fermée ou ouverte ? La tendance de l'intégrisme guette toutes les religions.

La source principale de cette conception c'est le Coran qui se présente en Sourates (Chapitres) chacune divisée en versets. Il y a 114 Sourates classées sauf pour la 1<sup>ère</sup> de la plus longue à la plus courte. La 2<sup>ème</sup> et donc la plus longue est la Sourate « législative ». Le texte nous confronte au prophète de l'Islam : Mahomet (570-632) ; son parcours est intéressant : il vivait dans la péninsule arabique où il y a beaucoup de religions dont le polythéisme centré à la Mecque avec la Pierre Noire où il y avait tout un commerce (comme autour du Temple dans la Religion Chrétienne). Mahomet en revenant triomphant de la Mecque a chassé les marchands de ce lieu (comme les marchands du Temple dans la religion Chrétienne).

Il est dans le commerce et ressent le besoin de s'isoler. Un jour il revient et raconte qu'il a reçu un message et c'est le début de la récitation (ce serait un texte dicté par Dieu ; c'est l'archange Gabriel qui dicte une série d'indications). Mahomet répète et c'est ainsi que commence à se répandre le Coran, Mahomet dérange et on essaye de se débarrasser de lui, il se rend donc à Yathrib (ancien nom de Médine) où il y a des communautés Chrétienne, Juive et Polythéistes.

Cet exil porte un nom : l'Hégire en 622 et c'est à partir de ce moment que l'on décompte le temps dans les pays Musulmans, à Yathrib il commence à constituer un Etat avec les autres communautés mais il y a des problèmes avec la communauté Juive ; Mahomet demande donc désormais de se tourner vers La Mecque pour prier et non plus vers Jérusalem.

Par la suite Mahomet revient à La Mecque, la dictée continue avec les Sourates Mecquoises I, les Sourates Médinoises, les Sourates Mecquoises II. Il y a un débat sur la façon dont le canon s'est développé, on y trouve les dogmes. Quels textes doivent entrer dans le canon ? Quand s'arrêter ? Tout ce qui ne sera pas dans le canon est dit apocryphe (faux).

De son vivant Mahomet consigne par écrit des textes et il y a aussi la tradition orale ; on consigne aussi sur des os, des peaux de bêtes, tout ce qu'on a.

Il y a à la mort de Mahomet beaucoup de controverses sur le contenu du Canon notamment sur la question de savoir s'il y a des versets abrogatifs qui abrogent d'autres versets. Il y a des discordances au moment du 3<sup>ème</sup> Calife Uthman qui décide qu'il faut établir un canon définitif « Mushaf ». Le débat ne cesse pas pour autant ; Uthman comme le 2<sup>ème</sup> Calife Omar est assassiné. Au 8<sup>ème</sup> Siècle il y a un nouveau courant « Mutazilites » qui fait appel à la foi et à la raison, c'est un courant ouvert qui sera abandonné par la suite.

### **b) La vision conflictuelle :**

Qu'est ce que le Calife et le Califat ? Le Califat est institué à cette époque et durera jusqu'au XX<sup>ème</sup> puis sera abrogé par Mustafa Khemal fondateur de la Turquie qui crée une constitution laïque (remarque : aujourd'hui certains prônent le retour au Califat). Au départ le Calife est celui qui remplace le prophète après sa mort, ce n'est pas le représentant de Dieu, c'est celui qui continue l'œuvre du Prophète, il conduit « l'Umma » la communauté des croyants. Quel est son rôle ? Doit-il s'occuper de politique ?

Quand on examine le Coran au moment du développement foudroyant de l'Islam on voit qu'il y a une primauté de la communauté dans la pratique mais le texte, lui, s'adresse à la personne et ne comporte rien de politique.

Historiquement il y a une forte Etatisation de l'Islam, une dynastie se met en place dès 661 à Damas : la dynastie Omeyyade jusqu'en 750. Le mot de dynastie est important car les Omeyyade déforment le mot Califat pour garder le pouvoir, pour eux le Calife est le représentant de Dieu, le Califat est instrumentalisé.

Un autre Califat est ensuite apparu à Bagdad de 750 à 1258 : celui des Abbasides. Ce califat ne fait pas l'unanimité.

Un autre Calife s'installe au Caire : dynastie Fatimide qui s'inspire des Chiïtes. Les Omeyyades encore vivants (non éliminés) s'installent à Cordoue.

Il y a une contestation importante. Il y a la question du rapport entre politique et religieux (ex : au début du XX des théologiens se sont prononcés comme Ali Abderrazik de l'université d'Al Azhar et en 1925 il a écrit « l'Islam et les fondements du pouvoir, il pense qu'il est possible de séparer le spirituel et le temporel ; selon lui le Calife est un pouvoir de fait instauré par des gens qui utilisaient le religieux pour avoir le pouvoir. L'Islam n'instaure pas un régime politique particulier, il faut faire un effort de réflexion « Ijthad » pour en créer un.

Autres auteurs qui ont développés des thèses contestées : le soudanais Mohamed Taha qui a été condamné à mort en 1985 et pendu comme hérétique ; il ne retenait dans le Coran que les 1ères Sourates Mecquoises car les autres obéiraient à des buts conjoncturels : adapter l'Islam à la civilisation de l'époque.

Le Tunisien Youssef Sedik a donné une nouvelle Traduction du Coran. Il privilégie une lecture poétique et spiritualiste, pour lui les versets législatifs sont caduques.

Chacun va chercher dans les textes un argument ex : Sourate 88 « L'occultante » verset 21 et 22 « Rappel : tu n'es là que pour rappeler la parole de Dieu, tu n'as aucun pouvoir contraignant sur eux ». Le Prophète ne doit être qu'un guide spirituel. Cette religion est traversée par des schismes, le 1<sup>er</sup> entre les Sunnites et les Chiïtes, la distinction vient d'un cousin gendre du prophète : « Ali » qui a été investi du califat en 656 et a été assassiné en Irak en 661 (ses fils ont aussi été tués). Les suivants se réclament de lui et se séparent.

Dans le Chiïsme il y a des divisions importantes entre des extrémistes, des modérés et des ésotéristes (Druzes).

Dans le Sunnisme il y a eu aussi des divisions importantes ex : les Frères Musulmans mouvement Egyptien de 1928, le Salafisme fondé au XVIII par Abdel Wahhab (Wahhabisme interprétation en Arabie Saoudite).

Les Salafistes sont fondamentalistes, de mouvement s'étend en France. Il y a toujours eu une interprétation de type modérée (le Soufisme). Le Soufisme est très implanté et développe une interprétation mystique et allégorique plutôt que littérale. Il y a des points de vue extrêmement divergents (ex : en France le Ministre de l'Intérieur qui est aussi Ministre du Culte n'arrive pas à mettre en place une autorité représentative de l'Islam en France. Ex 2 : le Mufti de Marseille plaide pour une lecture moderne des textes).

Dans l'Islam classique il y a une grande distinction entre deux mondes « La maison de l'Islam : Dar Al Islam » et « La Maison de la Guerre Dar Al Harb ou maison des incroyants ». Il y a une dynamique à terme il ne doit y avoir qu'une maison. Il y a aussi une référence à la guerre Sainte légale « Djihad » c'est le recours à la violence pour imposer sa foi. Il y avait un statut des non Musulmans en Terre d'Islam, ils étaient « Dhimmis » (inférieurs juridiquement). L'égalité devant la loi est une conquête moderne, avant c'était l'inverse.

### **c) Le droit Musulman :**

C'est un droit qui dérive de la loi religieuse (Charia), quand on examine les sources on distingue  
entre sources sacrés et dérivées.

**Première source sacrée :** le Coran (source principale) qui est une dictée Coran = réciter ; ce n'est pas un texte qui aurait été écrit à partir d'une inspiration Divine ; c'est un texte incréé, il existe de tout temps et est éternel. Ce qui donne une importance à ce texte c'est qu'il est une copie d'un texte qui est auprès de Dieu.

**Deuxième source sacrée :** la Sunnah (la voie droite), les Sunnites s'en réclament. Ce terme existait avant l'Islam, c'était les règles coutumières des anciens, c'est le récit des faits, gestes et déclarations du Prophète attestées par des témoins dignes de foi. Ici c'est le Prophète comme guide : il est sous l'inspiration divine « Haddith » ; ils posent le problème de l'authenticité, il y en a des milliers pour entrer dans le Canon il faut qu'ils soient attestés par des témoins mais on sait qu'il y a des textes faux, on peut ainsi arriver à des textes fermés.

Quand aux sources dérivées il y en a deux : elles sont secondes ; on pourrait parler de raisonnement analogique, on parle des « Kiyas » et il reste comme dernière source le consensus « L'Ijma ». Le problème est de savoir qui participe à « l'Ijma » : tous ou seulement les docteurs de la loi « Ouléma » ?

On est devant une pensée qui ne sépare pas droit et religion ; dans la société Occidentale il y avait la même chose au Moyen Age ; la laïcisation de l'occident a été tardive.

En Islam s'il y a des droits de l'Homme ce sont des instruments de défense de la religion et ils ont une source : la Charria donc ils ne sont pas proclamés par une autorité laïque. Dans cette conception les Musulmans sont les premiers à proclamer les droits et libertés mais ils n'ont pas leur source dans la volonté des Hommes, c'est Dieu qui a fixé les limites dans la Coran. Il est difficile pour ceux qui veulent une lecture ouverte de la trouver. Il faut privilégier l'effort intellectuel selon eux mais en réalité on privilégie l'imitation, le suivisme « Taklid », ce sont deux logiques opposés.

« La Charria » régleme la vie religieuse, politique... tout les domaines, il y a un mélange du spirituel et du temporel, elle est hors du temps, les contradictions avec le reste du monde ne sauraient être un facteur de changement. Ces textes reflètent-ils ou s'écartent-ils de l'universalité des DLF ?

Il y a des éléments qui s'inscrivent dans l'universalité :

- L'Islam est un monothéisme qui renvoie et prend en compte les autres mais il y a une différence : le monothéisme Musulman est la révélation suprême ultime ; Mahomet serait le sceau des Prophètes.

Tous les grands prophètes de l'ancien testament se retrouvent (Abraham, Moïse, Jésus prophète avec un statut très privilégié, la religion Musulmane reproche aux Chrétiens d'avoir falsifié l'Histoire de Jésus). Il y a des éléments qui rapprochent les Monothéismes. Dans le Coran il y a une place éminente accordée au respect de la vie humaine, c'est une valeur suprême : Sourate 5 Verset 32 « Tuer une âme c'est comme d'avoir tué l'humanité entière, faire vivre une âme c'est comme faire vivre l'humanité entière ».

Il y a un pluralisme religieux, c'est un discours récurrent, il n'y a pas de contrainte en religion, la pluralité religieuse est une chose qu'on doit prendre en compte

S 5 verset 48 «A chacun de vous Nous avons assigné une législation et un plan à suivre. Si Allah avait voulu, certes Il aurait fait de vous tous une seule communauté. Mais Il veut vous éprouver en ce qu'Il vous donne. Concurrencez donc dans les bonnes oeuvres. C'est vers Allah qu'est votre retour à tous; alors Il vous informera de ce en quoi vous divergiez.»

S 29 Verset 46 « Nous croyons en ce qu'on a fait descendre vers nous et descendre vers vous, tandis que notre Dieu et votre Dieu est le même, et c'est à Lui que nous nous soumettons».

Même dans la notion de Djihad qui semble spécifique à un particularisme il y a une distinction capitale posée par le Soufisme entre deux formes :

- le Djihad majeur qui ne désigne pas une guerre (ça c'est le mineur), le vrai Djihad majeur concerne l'individu, le combat intérieur que le fidèle doit mener pour atteindre la perfection intérieure.
- Le Djihad mineur : lutte pour défendre la communauté.

La politique a inversé les deux.

Autre élément d'universalité : le mysticisme. Il y a aussi des singularités qui paraissent assez irréductibles et on s'interrogera sur cette conception des DLF et les autres.

Les singularités : il y en a trois principales qui paraissent être irréductibles :

- **L'apostasie** : renier sa religion. Peut-on être un Apostat (l'art 9 de la Convention EDH dispose que l'on a la liberté de croyance et de religion, on peut douter, on peut ne plus croire, on peut changer de religion, on peut chercher à amener les autres à changer de religion). Dans la conception Musulmane traditionnel c'est différent car c'est le dernier message divin, une fois converti on ne peut plus s'en écarter. Comment réprimer l'apostat ? Sur un plan pénal : le droit Musulman commun estime que c'est grave et peut être puni de mort S 9 Verset 73 74 « Celui qui s'étant converti devient Apostat reçoit le châtement de Dieu en ce Monde et dans l'autre ». Il y a une possibilité de châtement dans ce monde, les Hadith complètent cela. En Egypte des grands écrivains ont dû s'exiler à cause de cela.
- Les sanctions corporelles : on a connu ça dans les sociétés occidentales : fouet... pendant des siècles. Ça vient du judaïsme et de la loi mosaïque (de Moïse) qui est très précise ; ça n'a pas empêché Israël de se débarrasser de ces sanctions. Ex : peine de fustigation S 24 Verset 2 « frappez de 100 coups de fouet le ou la débauchée » ; ça a été repris dans le droit pénal de ces Etats. On le voit dans la répression de l'adultère en Iran ou en Afghanistan et au Nigeria : la lapidation est pratiquée.

C'est un particularisme qui se poursuit dans de nombreux pays, est-ce légitime ? Deux réponses possibles :

- C'est une spécificité culturelle.
- C'est illégitime d'un point de vue international. Les pays Musulmans qui ratifient les traités internationaux le font sous réserve.

Dans « Le Monde du 10 Septembre 2002 » il y a un article d'Hali Ramadan qui défend les châtiments corporels. Il explique que dans la conception Musulmane si le voleur le devient en dernière extrémité il ne faut pas appliquer ces sanctions. Il y a une comparaison hasardeuse dans cet article.

Qu'en est-il de la signification du principe de dignité de l'Homme et du statut de la Femme ? Dans cette conception la dignité de l'Homme est différente de celle de la Femme ; ça ne découle pas de la nature Humaine mais de la situation de chacun, fondée sur l'infériorité de la femme. On a le sentiment que la Femme passe de la tutelle de son père à celle de son mari ex : Sourate 4 verset 34 « Les hommes ont autorité sur les femmes, en raison des faveurs qu'Allah accorde à ceux-là sur celles-ci, et aussi à cause des dépenses qu'ils font de leurs bien ». Sur la question du voile il y a deux textes : Sourate 24 verset 31 et S 33 verset 59.

Une musulmane ne doit pas épouser un non Musulman, c'est net Sourate 2 Verset 221 « Ne donnez pas vos filles à des associant » : les Chrétiens qui associent à Dieu d'autres Dieux.

Le témoignage d'une femme vaut la moitié de celui d'un Homme Sourate 2 Verset 282

En cas de succession la part de la femme est la moitié de celle de l'Homme S 4 Verset 12.

La prescription Coranique a apporté historiquement des progrès au statut de la femme.

Pour ce qui est de la polygamie, il y a un problème d'interprétation :

- Il y a l'avis du prophète qui avait plusieurs femmes (on a droit à 4 maximum selon le Coran).
- D'autre part il y a deux textes
  - o S 4 verset 3 « On peut prendre 2 3 ou 4 femmes mais si on craint de n'être pas juste alors seulement 1 ». Qu'est-ce que signifie être juste ? Est-ce une justice matérielle (avoir les moyens de faire vivre les 4)
  - o S 4 verset 129 « Vous ne pourrez être juste envers vos épouses même si vous y veillez » Qu'est-ce que ça signifie ? Est-ce une justice matérielle ou spirituelle, si on dit que c'est spirituel il faut éviter et limiter la polygamie.

Autre grande question : y a-t-il compatibilité ou non entre cette conception des DLF et les autres ?

#### **d) La compatibilité ou incompatibilité entre cette conception et la conception occidentale :**

Il y a un choix possible, un débat. Quand on examine les sources on a plutôt une incompatibilité.

On va écarter des visions caricaturales de l'incompatibilité :

- La manifestation caricaturale de M. Berlusconi actuel Président du Conseil Italien. Il a fait une déclaration avant le sommet Européen de Bruxelles du 28 Septembre 2001 sur la lutte contre le terrorisme. Deux jours avant il a donné une conférence à Berlin, c'était provocateur et ça a fait réagir  
« Nous devrions être conscients de la supériorité de notre civilisation, un système de valeurs qui a



apporté à tous les pays qui l'ont adopté une large prospérité, et qui garantit le respect des droits de l'Homme et des libertés religieuses. Nous devons être conscients de la supériorité de notre civilisation, un système qui a garanti le bien-être, le respect des droits de l'homme et – cela contraste avec les pays musulmans - le respect des droits religieux et politiques, un système qui a pour valeur la compréhension et la tolérance »

- La manifestation du 4 Novembre 1999 à Strasbourg du Conseil de l'Europe avec l'Assemblée Parlementaire, elle vote une résolution sur la Tchétchénie et lance un appel au cessez le feu « L'Assemblée condamne tous les actes terroristes à l'intérieur et à l'extérieur du territoire tchétchène, les violations des droits de l'homme résultant de l'application de la charia ainsi que les prises d'otage. Elle exige que les coupables soient traduits en justice et que tous les otages actuellement détenus soient immédiatement libérés. »
- Manifestation émanant de juridictions : voyons quelques exemple de la jurisprudence de la Cour EDH confrontée à cette question de la compatibilité, 3 exemples nous montrent que cette Cour a réussi à éluder le problème puis a mis les pieds dans le plat :
  - Arrêt du 11/07/2000 Jabari c/ Turquie : cette affaire concerne une femme Iranienne réfugiée en Turquie pour éviter la lapidation dans son pays, la Turquie qui la déclare en situation illégale veut la renvoyer en Iran malgré le danger de mort. La Cour EDH s'est basée sur l'article 3 : Est-ce que la lapidation est contraire à cet article ? Bien sûr que oui. Pourquoi s'en occuper alors que l'Iran n'est pas liée par la Conv EDH ? On a condamné la Turquie qui risque d'exposer cette femme à ces dangers et traitement. Il n'y a pas de démonstration de cette affirmation que cette peine est contraire à l'article 3.
  - Décision d'irrecevabilité de la Cour EDH du 15/02/2001 Dahlab c/ Suisse. C'est une affaire qui ne nécessite pas la même prudence : une institutrice Suisse enseigne dans une école primaire publique à des enfants de 4 à 8 ans, elle se convertit à l'Islam et fait la classe en portant le voile, au départ pas de problèmes avec les parents mais les autorités académiques lui demandent d'arrêter. Elle va jusqu'au Tribunal Fédéral Suisse qui lui donne tort, elle s'adresse à la Cour EDH sur la base de l'article 9. La Cour EDH aurait pu s'en tenir au rappel du principe de neutralité des enseignants dans une école publique face à des élèves influençables mais elle va plus loin

« Comment dès lors pourrait-on dans ces circonstances dénier de prime abord tout effet prosélytique que peut avoir le port du foulard dès lors qu'il semble être imposé aux femmes par une prescription coranique qui, comme le constate le Tribunal fédéral, est difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes. Aussi, semble-t-il difficile de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que dans une démocratie tout enseignant doit transmettre à ses élèves».

On est dans le principe majeur : le principe de la société démocratique. Une enseignante doit transmettre des valeurs dont l'égalité et la non discrimination.

- Le 31/07/2001 Affaire Parti de la Prospérité (Refah Partisi) c/ Turquie : c'est une affaire de dissolution d'un parti politique important ; il constituait le principal parti politique Turc, il a été dissout car il constitue un centre contre le principe de laïcité qui est très important en Turquie. La Constitution interdit sa

propre révision sur ce principe, c'est supra constitutionnel, c'est une clause d'éternité cf art 89 al 5 de la Constitution Française. Trois reproches sont adressés à ce parti :

- La volonté d'instaurer un système multi juridique : où chacun aura des règles selon sa religion.
- Instaurer le régime de la charria.
- Les dirigeants avait fait référence à la guerre sainte on pouvait donc penser qu'ils voulaient conserver par la force le pouvoir.

Jusque-là dans ce domaine, la Cour EDH avait toujours condamné la Turquie mais ici non on a

accepté 4 juges contre 3. Il y a actuellement un réexamen de l'affaire avec 17 juges. Ce qui est intéressant c'est que la Cour de Strasbourg a établi une incompatibilité dans le paragraphe 71 de l'arrêt

« Quant au second groupe des moyens retenus par la Cour constitutionnelle, celle-ci a estimé que le R.P. avait l'intention d'instaurer la Charia (la loi islamique) comme droit commun et comme droit applicable à la communauté musulmane. Or, pour la Cour constitutionnelle, la Charia serait l'antithèse de la démocratie, dans la mesure où elle se fonde sur des valeurs dogmatiques et est le contraire de la suprématie de la raison, des conceptions de la liberté, de l'indépendance, ou de l'idéal de l'humanité développé à la lumière de la science. Dans plusieurs interventions publiques des membres du R.P. mentionnés par la Cour constitutionnelle, l'objectif d'aboutir à un régime fondé sur la Charia avait été évoqué, parfois explicitement. La Cour prend note en particulier des propos suivants des membres du R.P. dévoilant explicitement l'intention de mettre en place un régime inspiré de la Charia »

La grande Chambre de 17 juges ne remettra probablement pas en cause ces principes de fond mais peut être qu'elle relèvera d'autres problèmes de forme.

Depuis les dernières élections en Turquie le parti au pouvoir est composé d'anciens membres du Refah Partisi le parti en place est un parti fondé après la dissolution du Refah Partisi, l'actuel parti est aussi sous le coup d'une procédure de dissolution. Que va-t-il se passer avec la possible entrée de la Turquie dans l'Europe ?

L'incompatibilité a aussi pu être établie par les juges internes avec la jurisprudence du CE, du Conseil Constitutionnel et de la Cour de Cassation. Ex : question de la polygamie, le Conseil Constitutionnel dans sa jurisprudence a rendu un nombre important d'arrêts sur des réformes législatives sur l'entrée et le statut des étrangers dont celle du 13/08/1993 sur la loi Pasqua. Le Conseil Constitutionnel s'est prononcé sur le sens que pourrait avoir la Constitution sur la vie familiale « Considérant que les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil, lesquelles excluent la polygamie ; que dès lors les restrictions apportées par la loi au regroupement familial des polygames et les sanctions dont celles-ci sont assorties ne sont pas contraires à la Consti». On peut sur cette base refuser un regroupement qui donnerait en France des ménages polygames, cela a été rappelé le 22/04/1997.

Le CE avait rendu au début des années 1980 un arrêt d'Assemblée le 11/07/1980 dit arrêt Montcho où il avait condamné la décision d'un préfet qui refusait la régularisation de la 2<sup>ème</sup> épouse d'un Béninois ; le refus du préfet a été jugé comme une erreur de droit, le juge administratif avait ainsi consacré la polygamie mais il a du tenir compte des décisions du

Conseil Constitutionnel et il a effectué le revirement le 29/12/1995 dans l'arrêt Sakho confirmé le 2 Octobre 1996 Lakhal.

L'article 75 de la Constitution permet de conserver son statut personnel, on pense au territoire de Mayotte où il y a les règles du droit successoral Musulman et on n'interdit pas la polygamie, c'est légal.

Voyons quelques manifestations du particularisme Islamique :

## **2) Les manifestations du particularisme :**

On va voir deux aspects :

- L'attitude des Etats Musulmans face au corpus juridique universel sur les droits de l'Homme, il y a une série de textes internationaux : traités.... D'une façon générale ces Etats sont nombreux à avoir accepté mais de façon conditionnelle. D'autres pays ont refusé : Brunei, Arabie Saoudite, Djibouti. Il y a acceptation si ce n'est pas contraire à la charria, ils protègent leur particularisme, leur droit interne.
- On s'interrogera sur l'existence d'un corpus normatif propre à ces Etats ? Y en a-t-il un ? Plusieurs choses à dire :
  - Il y a une faible densité de ce corpus, il n'y a pas grand-chose à dire hormis le fait que la Ligue Arabe a mis en chantier un projet de Charte Arabe des droits de l'Homme dont le premier projet en 1971 a été refusé, puis le 15 Septembre 1994 les Ministres des Affaires Etrangères de cette organisation ont adopté ce traité : ce texte a été laborieux à mettre en place mais n'a fait l'objet d'aucune ratification, il a une portée juridique très limitée.
  - Deuxième texte : c'est une résolution, un texte déclaratoire adopté dans un cadre large avec tous les Etats Islamiques (OCI) Organisation de la Conférence Islamique : 45 Etats, là le 5/08/1990 les Ministres réunis au Caire (siège de l'OCI en Arabie Saoudite) ont adopté la déclaration du Caire sur les droits de l'Homme en Islam. C'est un texte qui n'a pas la valeur d'un traité international ; il est un peu plus représentatif.

Quand on examine ces textes l'intéressant c'est le contenu. On passe rapidement sur le 1<sup>er</sup> : la

Charte est de facture assez classique (préambule et articles), quand on examine les articles on est devant un texte de facture occidentale, il n'y a pas de référence sur le particularisme. Le préambule réaffirme l'attachement de ces pays à l'universalité des droits de l'Homme et on se rattache au texte de l'OCI.

Dans le préambule de la charte il est inscrit

« Dieu a privilégié le monde arabe en faisant de lui «le berceau des révélations divines» à qui les principes de «la fraternité et l'égalité entre les hommes» ont été prêchés. Le monde arabe, conscient de cette réalité et de son rôle depuis la nuit des temps, a mené une lutte en vue d'accéder à l'indépendance et à la réalisation de son unité . Il n'a pas cessé de défendre le droit de disposer des richesses naturelles. En insistant, ensuite, sur la liberté, la justice et l'égalité entre les hommes, le préambule attire, aussi, l'attention sur le racisme qui doit être combattu pour ses aspects discriminatoires. Enfin, en proclamant l'attachement du

monde arabe à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme; le préambule insiste sur «le lien étroit entre les droits de l'homme et la paix mondiale».

Ce texte navigue entre l'universalité et le particularisme, en dehors du préambule. Les articles sont neutres mais si on interprète par rapport au préambule ça change.

Le deuxième texte : C'est le texte le plus représentatif « déclaration des droits de l'Homme en Islam », dans ce texte il y a une omniprésence de la référence à la Charria, la référence est très fréquente sur 25 articles il y a 14 référence. On reconnaît les droits dans les limites en accord avec la Charria.

Les deux derniers articles 24 et 25 de la déclaration sont intéressants :

Art 24 « tous les droits et libertés énoncés dans la déclaration sont subordonnés à la loi Islamique ».

Art 25 « la loi Islamique est la seule source de référence pour expliquer ou clarifier les articles de cette déclaration ».

L'article 1 proclame un principe d'égalité en dignité (pas forcément en droit).

L'article 6 : La Femme est l'égale de l'Homme sur la dignité mais pas en droit. Cette égalité est proclamée sous réserve de la loi Islamique. Même chose pour la liberté religieuse.

En 1948 quand on a adopté la DUDH l'article 18 proclamait la liberté religieuse, les pays Musulmans se sont abstenus ou n'ont pas accepté, dans l'article 18 il était indiqué qu'on avait le droit de changer de religion ou de conviction, dans le pacte sur les droits civils et politiques on ne parle plus de changements, c'est une régression par rapport à l'article 9 de la Convention EDH.

A l'article 10 de l'OCI on trouve « L'Islam est la religion de l'innéité. Aucune forme de contrainte ne doit être exercée sur l'homme pour l'obliger à renoncer à sa religion pour une autre ou pour l'athéisme ; il est également défendu d'exploiter à cette fin sa pauvreté ou son ignorance ».

L'article 16 sur les fruits de la science dispose qu'on peut en profiter sous réserve du respect de la loi Islamique.

L'article 22 sur la liberté d'exprimer son opinion... à chaque fois limite.

C'est la grande différence, il n'y a pas séparation mais dépendance entre le politique et le religieux. On reconnaît les droits sous réserve de compatibilité avec la charria.

## **Chapitre II : Les fondements juridiques :**

Le corpus juridique qui constitue la source des DLF est considérable mais les sources juridiques ne sont pas toutes au même niveau, elles sont un ordonnancement juridique, une hiérarchie qui est en elle-même une garantie des DLF (cf pyramide de Kelsen). Qu'y a-t-il au sommet ? La Norme Constitutionnelle ou la norme internationale ? Evidemment la façon de répondre à la question dépend du point de vue :

- Du point de vue de l'ordre juridique interne la norme supérieure c'est la Constitution.
- Du point de vue de l'ordre juridique international c'est la norme internationale qui prime.

On va tout d'abord voir les sources internationales (Section I) puis la source Constitutionnelle (Section II). Deux autres articulations apparaissent : entre :

- Les sources législatives et infra législatives.
- Les sources jurisprudentielles et les sources non jurisprudentielles.

Le législateur est naturellement compétent pour réglementer les DLF, il appartient au législateur de fixer les limites, cette compétence première du législateur n'exclue pas pour autant l'exécutif qui peut poser des normes, l'exécutif le fait sous le contrôle du Juge Administratif, la source réglementaire complète le législatif.

En Section III on parlera des sources jurisprudentielles : en effet il n'y a pas d'effectivité des DLF sans l'action du juge. La jurisprudence est une vraie source du droit, une des plus importantes en matière de DLF, la fonction d'interprétation du juge est irremplaçable, le juge crée le droit et c'est tant mieux selon lui.

### **Section I : Les sources internationales :**

Quand on se place d'un point de vue de l'histoire de la proclamation des DLF il faudrait commencer par le niveau national, mais on parle en terme de hiérarchie d'où ce début par le niveau international. On va voir deux points :

- Un travail d'identification des normes internationales, elles sont nombreuses, vastes et diverses.
- On verra la primauté des normes internationales avec l'exemple Français.

#### **Paragraphe I : La diversité des normes internationales :**

A-t-il fallu attendre la 2<sup>nd</sup>e Guerre Mondiale pour avoir de tels textes ou y en a-t-il eu avant ? Historiquement au plan international la proclamation était plutôt au départ une protection catégorielle qui ne cherchait pas à reconnaître tous les droits de l'Homme mais des droits pour des catégories.

Ex : l'article 13 du traité de Versailles se réfère à l'OIT, on reconnaît des droits et libertés pour les travailleurs. Au lendemain de la 1<sup>ère</sup> Guerre Mondiale il y a eu des traités pour la protection des minorités, des habitants des territoires coloniaux. Cette protection continue après la deuxième guerre mondiale avec la conférence de Genève de 1951 sur les réfugiés, les apatrides, les femmes, les enfants. Puis on a vu des textes qui protégeaient une large gamme de droits : DUDH, pactes de 1966.

On va dissocier les instruments universels et les instruments régionaux.

#### **A) Les instruments universels :**

Ils ont été adoptés dans le cadre de l'ONU, ces textes ont une vocation universelle adoptée dans le cadre d'une conférence de l'AG de l'ONU ; ils sont universels car ils visent à réunir le plus grand nombre d'Etats. Il y a une subdivision entre les instruments généraux et particuliers.

##### **1) Les instruments généraux :**

Ils visent à consacrer l'ensemble ou un large groupe de droits de l'Homme alors que les particuliers visent la protection catégorielle. Dans les instruments généraux le 1<sup>er</sup> auquel on pense est la DUDH, ce n'est pas un traité mais une résolution de l'AG de l'ONU parmi des milliers adoptés le 10/12/1948 alors que l'AG siégeait en France car le siège de New York n'était pas fini (ils étaient au Palais de Chaillot).

C'est une déclaration qui a un préambule et 30 articles, c'est un texte qui porte sur les droits civils, politiques, économiques (articles 22 à 27 : liberté syndicale, droit au travail, protection contre le chômage, niveau de vie suffisant), il y a même une trace de droits de la 3<sup>ème</sup> génération « Toute personne a droit à ce que règne, sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration puissent y trouver plein effet. ». Il est dur de faire respecter ça devant un juge.

La DUDH est un idéal commun à atteindre pour les peuples et les nations, les auteurs savent qu'il faudra du temps. Elle est dépourvue de caractère obligatoire, on le voit par la jurisprudence du CE en 1951 sur les élections de Nelay il l'a affirmé puis l'a réitéré depuis « en elle-même la DUDH n'a pas d'effet direct » 28/07/1999 Abdelkader.

La déclaration de 1948 a été à l'origine d'un corpus juridique et normatif conventionnel et coutumier qui s'étend. Si on lit les principaux traités sur les droits de l'Homme il y a une référence à la DUDH

Ex : Convention EDH de 1950. Certaines Constitutions ont aussi fait référence mais ce n'est pas le cas de la France.

La Constitution Espagnole de 1978 comporte un article 10 paragraphe 2 qui montre que le Constituant a souhaité donner une place particulière à la DUDH « Les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne ». Lorsqu'on interprète les DLF on le fait en conformité avec la DUDH et les autres traités, la DUDH a un niveau Constitutionnelle voire même supérieur.

Constitution de Roumanie de 1991, constitution Andoranne de 1993.

Il fallait passer au stade du traité, ça a pris 18 ans avant d'arriver aux pactes du 16/12/1966 sur les droits civils et politiques (PIDCP) sur les PIDESC droits économiques sociaux et culturels ils sont entrés en vigueur en 1976 mais aujourd'hui ce sont des pactes largement ratifiés il y a environ 150 Etats qui ont ratifiés.

La DUDH a été adoptée le 10/12/1948 la veille Convention sur la répression des Génocides. Il y a aussi comme autres instruments les conventions de l'OIT sur la liberté et le droit syndical. Convention des NU du 10/12/1984 sur la torture et les peines cruelles, inhumaines et dégradantes 125 ratifications.

Conventions sur les discriminations :

- L'élimination des discriminations raciales 21/12/1965 160 Etats ont ratifié.
- L'élimination des discriminations concernant les femmes 18/11/1969 170 ratifications.

En matière de protection catégorielle il y a la convention des NU sur les droits de l'enfant du

20/11/1989 c'est le texte le plus ratifié : 192 ratifications, il est entré en vigueur très rapidement en 1990 et il fait l'unanimité mais certaines ratifications comportent des réserves.

## **2) Les instruments régionaux :**

Il faudrait travailler sur les différentes régions ; hormis l'Asie on trouve beaucoup de textes

notamment en Europe qui a été une référence. Convention EDH de 1950 modifiée à plusieurs reprises avec un 13<sup>ème</sup> protocole additionnel en Mai 2002 avec la volonté de l'abolition de la peine de mort en toute circonstance. Charte Sociale Européenne du 18 Octobre 1961 révisée en 1996.

Autres traités : minorités, torture avec la convention de 1987. Il y a une absence d'un catalogue de droits mais c'est en partie comblé ; grâce à la jurisprudence de 1969 Stauder et la Charte des droits fondamentaux du 7/12/2000 à Nice ce n'est qu'un accord interinstitutionnel pour le moment, elle sera probablement intégrée dans le traité d'où une juridicité plus importante.

Sur le Continent Américain ça a commencé tôt en 1948 avant même la DUDH le 30/04 la Conférence de Bogota a adopté une déclaration des droits et devoirs de l'Homme, le régionalisme a précédé l'universalisme puis en 1969 le 22/11 on a conclu la Convention Américaine des Droits de l'Homme (CADH) et il y a une Cour ADH au Costa Rica à San José, elle a développé une jurisprudence moins riche. Elle ne réunit pas tous les Etats Américains (US et Canada sont en dehors).

En Afrique il y a la Charte Africaine des droits de l'Homme et des peuples du 27 Juin 1981 à laquelle on a ajouté des amendements en 1998 à Wagadougou on prévoit une Cour. Il y a un mimétisme d'un continent à l'autre.

### **Paragraphe II : La primauté des normes internationales :**

D'un point de vue de l'ordre juridique international, il n'y a pas de doute quant à la primauté des sources internationales ex : convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités (c'est le traité des traités), article 27 : « une partie ne peut pas invoquer son droit interne pour ne pas exécuter un traité sinon il est responsable au niveau international ». Toutes les juridictions internationales l'affirment comme la CIJ de La Haye dans son avis consultatif du 26/04/1988 « la prééminence du droit conventionnel sur le droit interne est un principe fondamental du droit international.

Au niveau régional, c'est pareil, les normes européennes (article 10 du TCE) priment sur toute norme interne « Obligation de loyauté ». La Cour de Luxembourg l'affirme dans l'arrêt Costa c/ Enel de 1964 où l'on trouve ceci « Le droit né du traité ne pourrait se voir opposer un texte interne quel qu'il soit. » Ce principe a été réaffirmé.

Dans l'ordre interne c'est beaucoup plus compliqué car les rapports entre les normes dépendent de plusieurs paramètres :

- Comment intègre-t-on les normes ? L'Etat est-il moniste, dualiste...

Autre problème : on a un problème avec une catégorie de normes : les normes coutumières ; est-ce

qu'elle priment ? Le CE s'est posé la question et a dit que l'article 55 de la Constitution n'implique pas de retenir la coutume internationale CE Assemblée 6/07/1997 Aquaronne et 28/07/2000 M. Paulin.

Cette question des rapports a beaucoup mobilisé la doctrine. On va voir la grande distinction entre les normes internationales et la Constitution puis entre norme internationales et normes internes.

### **A) La primauté à l'égard des normes constitutionnelles :**

1<sup>er</sup> préalable : il ne faut pas penser qu'il y a forcément une contradiction en matière de DLF entre

les deux types de normes : c'est le contraire ; il y a une convergence. Pour chaque norme interne on trouve un équivalent International ou Européen.

Ex : la liberté d'association a été affirmée par le Conseil Constitutionnel le 16/07/1971 comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République ; ce principe se retrouve à l'article 11 de la Convention EDH.

Ex 2 : Sur le droit au respect de la vie familiale des étrangers il y a une Jurisprudence de la Cour EDH depuis fin 1980 mais il y a aussi des décisions du Conseil Constitutionnel du 13/08/1993 et du 5/05/1998.

Quand on étudie les normes internationales et la Constitution on se pose la question de la hiérarchie. Il faut distinguer deux cas :

- La primauté des normes internationales est matérielle.
- La primauté au niveau de la Constitution, elle, est formelle.

#### **1) La primauté matérielle :**

Ce qui la démontre c'est le principe de la responsabilité internationale de l'Etat qui ne respecte pas

les normes. Ex : arrêt de l'Assemblée du Contentieux du CE 30 Octobre 1998 Sarran qui portait sur la Nouvelle Calédonie ; le CE fait prévaloir la Constitution sur les traités ; la Commissaire du Gouvernement dit « Ceci n'exclut pas que la responsabilité de la France soit engagée du point de vue du DIP pour non respect des engagements internationaux ».

Exemples de cette affirmation :

Ex 1 : Jurisprudence de la Cour EDH. On trouve de nombreux arrêts car la Convention EDH est un traité qui crée des obligations objectives (Loizidou c. Turquie) pour les Etats. « Instrument Constitutionnel de l'ordre public Européen ». Ce n'est pas un traité ordinaire.

Ex 2 : Arrêt 30/01/1998 Parti Communiste unifié de Turquie et autres c/ Turquie. Le parti avait été dissout par le Conseil Constitutionnel. Devant la Cour de Strasbourg la Turquie a mis en avant le particularisme du droit Constitutionnel ; la Cour a répondu que

« La Convention ne fait aucune distinction quant au type de normes ou de mesures en cause et ne soustrait aucune partie de la « juridiction » des Etats membres à l'empire de la Convention – l'organisation institutionnelle et politique des Etats membres doit respecter les droits et principes inscrits dans la Convention – conciliation entre les impératifs de la défense de la société démocratique et ceux de la sauvegarde des droits individuels : inhérente au système de la Convention. »



C'est un problème de cuisine juridique interne, on doit s'harmoniser avec le droit et les traités internationaux.

Ex 3 : On peut aussi citer un autre exemple : L'arrêt du 28 Octobre 1999 Zielinski c/ France. Arrêt rendu à l'unanimité qui portait sur un problème de validation législative, elle avait été examinée par le Conseil Constitutionnel qui l'avait reconnu conforme à la Constitution ; dans le Paragraphe 59 de la décision il est dit « Avec la Commission, la Cour estime que la décision du Conseil constitutionnel ne suffit pas à établir la conformité de l'article 85 de la loi du 18 janvier 1994 avec les dispositions de la Convention ». Ce n'est pas parce que le Conseil Constitutionnel a estimé qu'une loi est conforme à la Constitution qu'elle est conforme à la Convention.

Pour le droit Communautaire il n'y a aucun doute quant à la primauté, on le voit dans l'arrêt **CJCE 17/12/1970 International Handelsgesellschaft**, on est dans un autre ordre juridique « L'invocation d'atteintes aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un Etat membre ou aux principes de sa structure constitutionnelle ne saurait affecter la validité d'un acte de la communauté ou son effet sur le territoire de cet Etat »

Dans l'arrêt 5/03/1996 Commission c/ Grand Duché du Luxembourg ; le Luxembourg avait développé une argumentation selon laquelle la Constitution est une norme suprême qui peut s'opposer « Le recours à des normes internes pour s'opposer au droit communautaire n'est pas admis » La primauté du droit communautaire est absolue et générale.

## **2) La primauté formelle :**

Dans l'ordre juridique interne tout procède de la Constitution ; toutes les autorités tiennent leur existence et compétence de la Constitution. C'est la Constitution qui fixe la hiérarchie des normes, quelles sont les autorités compétentes pour prendre les traités ? Comment les introduire ? Il y a là un rapport entre la Constitution et le Traité qui est dualiste. Face à ce problème une juridiction Française agit comme organe de l'Etat.

Plusieurs articles pourraient être invoqués. L'article 11 sur le référendum législatif : on peut soumettre un projet législatif de ratification d'un traité sauf si le traité est contraire à la Constitution, donc la Constitution prime.

Article 54 : Principe du contrôle de la conformité d'un traité ; la solution est de saisir le Conseil Constitutionnel pour le vérifier par rapport à la Constitution. S'il y a une contradiction : soit le pouvoir politique maintient sa volonté et modifie la Constitution ou alors il rejette le traité. L'article 54 vise à prévenir les conflits.

L'article 55 le plus important parle de la primauté du Traité sur la loi, pourrait-on étendre à la loi Constitutionnelle ? La jurisprudence à cet égard montre bien qu'il y a une volonté de faire prévaloir la Constitution car les juges face à un problème avec l'article 55 font prévaloir la Constitution.

Le CE l'a fait dans l'arrêt Saran et autres. Dans les accords de Nouméa il y avait une clause importante ; il fallait avoir 10 ans de résidence pour participer au référendum ; les requérants parlaient d'une violation de l'article 26 du Pacte sur les droits civils et politiques.

A la suite des accords la Constitution a été révisée, le décret avait été pris sur le fondement de la Constitution ; le CE a refusé d'analyser car il estime qu'il y a ??? « **La primauté que la Constit ...constitutionnel** ». Cet arrêt a entraîné des commentaires de doctrine très importants. On a la même chose dans les autres hautes juridictions. Ex : Cour de Cassation sur le refus d'inscrire des personnes sur la liste électorale de participation à des élections de 1998. La Cour de Cassation Civ 2<sup>ème</sup> 17/02/1999 F. Levacher la Cour suit le CE dans son raisonnement. «les conditions pour être admis à participer à la consultation des populations de la Nouvelle-Calédonie du 8 novembre 1998, notamment la nécessité d'avoir un domicile en Nouvelle-Calédonie depuis le 6 novembre 1988, résultent de l'article 76 de la Constitution ;» ; il y a écran.

Le juge doit s'incliner. La Cour de Cassation a confirmé cette jurisprudence ; pour un refus d'inscription sur les listes électorales pour les organes législatifs propres à la Nouvelle Calédonie (assemblées locales). L'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation du 2/06/2000 a rendu l'affaire Pauline Fraisse « la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'appliquant pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle ».

Dans la jurisprudence du CE on voit qu'il se refuse à appliquer un traité contraire à la Constitution ou il applique en conformité avec la norme Constitutionnelle. Les traités internationaux sont un standard minimal ; on peut aller plus loin (principe de subsidiarité matériel).

CE Assemblée 3/07/1996 Arrêt Koné qui concernait un problème d'extradition, contrôle d'un décret. Un accord de 1962 entre la France et le Mali prévoit qu'on interdit d'extrader s'il y a infraction politique ou infraction connexe. Le requérant a fait observer une autre raison d'opposabilité à l'extradition : lorsque la demande obéit à un but politique ; le CE a suivi en disant qu'il y avait un principe général reconnu par les lois de la république. C'est le principe selon lequel on ne peut pas extradier s'il y a un but politique.

La solution que peut donner le juge interne comporte le risque que le juge international contredise.

## **B) La primauté à l'égard des normes législatives :**

Le terrain est plus sûr depuis l'arrêt J. Vabre de 1975 et Nicolo de 1989. On va distinguer deux questions :

- Qui a la charge de cette primauté ?
- Qui sont les gardiens ?
- Quelles sont les conditions de cette primauté ?

### **1) Quels sont les gardiens :**

Cette question se pose dans deux hypothèses : L'hypothèse de l'interprétation du traité et l'hypothèse de la contradiction entre le traité et le loi.

#### **a) Pour l'interprétation (dans le cadre communautaire il y a le mécanisme du renvoi préjudiciel article 234 du TCE) :**

Le juge interne face à une difficulté d'interprétation est face à une situation délicate, le propre du juge est d'interpréter ; le juge est habilité à se prononcer, mais là il n'a pas accès aux travaux et sources pour interpréter de plus ex : La Convention EDH il peut y avoir un juge suprême. Tout cela explique que pendant longtemps le juge a hésité à interpréter (sauf acte clair) pour ne pas gêner la France. Pour l'interprétation on procède au référé diplomatique, on demande au Ministre des Affaires Etrangères (qui a participé au traité) d'interpréter.

Le juge qui avait saisi le Ministre des Affaires Etrangères était tenu par l'avis rendu. Ce n'était pas satisfaisant dans le cadre de l'Etat de droit.

Au regard des exigences de l'article 6 de la Convention EDH ce n'est pas équilibré car l'Etat est à la fois juge et partie. Cette jurisprudence a changé de la part du Juge Administratif CE 29/06/1990 GISTI le CE a rompu avec sa jurisprudence traditionnel, il a estimé qu'il pouvait interpréter, on n'est plus lié à l'interprétation du Ministre. Même changement de la Cour de Cassation en sa 1<sup>ère</sup> Chambre Civile le 19/12/1995 Banque Africaine de développement et 29/04/1993 Caisse Autonome des retraites des agents des chemins de fer. La Chambre Criminelle a fait de la résistance.

En matière de conflits entre traité et loi on va revenir à la jurisprudence ; la position traditionnelle était dans l'hypothèse où la loi était postérieure de l'appliquer, quand le traité était le plus récent c'était différent. Ça s'expliquait par une loi d'août 1792 qui interdisait au juge sous peine de forfaiture d'interférer. De plus il n'avait pas à faire de contrôle de Constitutionnalité.

Tout a changé lorsque le Conseil Constitutionnel a été sollicité sur la loi Weil sur l'avortement au motif qu'elle aurait été contraire au préambule et à l'article 2. Le 15/01/1975, le Conseil Constitutionnel a refusé d'analyser en disant que ce n'était pas de son ressort, cette jurisprudence a été maintenue le 13/08/1993.

Les conséquences de ce refus sont que les juges ordinaires ont été implicitement délivrés de leurs problèmes, ils peuvent effectuer des contrôles de conventionalité.

Le juge ordinaire doit avant d'appliquer une loi vérifier sa Conventionalité avec le traité et ne pas craindre la loi de 1790, la Cour de Cassation a été la 1<sup>ère</sup> à le faire en Chambre Mixte le 24/05/1975 dans l'arrêt Café Jacques Vabre puis elle l'a confirmé sur la question de l'avortement et de sa compatibilité avec la Convention EDH Cass. Crim. 27/11/1996 Dubreuil et autre et Cass. Crim. 31/01/1996 Paris et autres.

Le CE l'a fait le 20 Octobre 1989 dans l'arrêt Nicolo sur l'exercice du droit de suffrage ; il l'a refait depuis : CE Assemblée 21/12/1990 Association des familles Catholiques et autres toujours sur l'avortement pour savoir s'il y a compatibilité avec l'article 2 de la Convention EDH. CE 25/04/2001 Association Choisir la Vie.

Ayant à examiner la question de la compatibilité d'une loi les juges suprêmes peuvent ne pas être d'accord entre eux ex : loi sur les sondages en 1999 Millet. Le CE dit que ce n'est pas contraire à la Convention EDH. La Cour de Cassation en chambre Criminelle le 4 Septembre 2001 dans l'arrêt Amaury a estimé le contraire. L'autre difficulté c'est qu'en toute bonne foi le juge peut être désavoué par le juge international.

## **2) Les conditions de la primauté :**

On veut dire par là que le juge doit se livrer à une série de vérifications quand on invoque un traité contre la loi. Il doit vérifier que le traité est applicable. Ex : Article 53 de la Constitution, article 55 qui pose certaines conditions (régulièrement adoptées, publication, clause de réciprocité). Il y a aussi des dispositions réglementées par décret du 14/03/1953 qui organise la publicité des traités susceptibles d'affecter les droits et libertés des particuliers.

De façon synthétique :

- Il faut vérifier que le traité ait été régulièrement ratifié ou approuvé. Les choses ont beaucoup changé et le juge est sorti de sa réserve. Pendant longtemps les juges ne vérifiaient que le côté matériel (existence de la ratification) mais maintenant ils examinent aussi la régularité. Le CE a fait un revirement de jurisprudence CE Assemblée 18/12/1998 SARL du parc d'activité de Blotheim et autres.
- Le traité doit avoir été publié.
- Le traité doit avoir été appliqué par les différentes parties.
- Il y a le principe de l'exception d'inexécution, un Etat peut ne pas appliquer un traité si un autre Etat ne l'applique pas ; ça ne marche pas pour les DLF (Convention de Vienne de 1969 article 60 paragraphe 5), le Conseil Constitutionnel le 22/01/1999 l'a reconnu sur la Cour Pénale Internationale. Dans cette décision du Conseil Constitutionnel il reconnaît que la clause de réciprocité ne joue pas quand les DLF sont en jeu.

Ca ne règle pas tout ; le juge ne s'estime pas compétent pour vérifier donc on renvoie au Ministre des Affaires Etrangères Cass. Crim. ou CE Assemblée 29/05/1981 Rekkou.

Ca pose un problème car une fois de plus dans un litige opposant un particulier à l'Etat, l'Etat a un avantage c'est pourquoi il y a une affaire pendante devant la Cour de Strasbourg préalablement examinée par CE Assemblée 9/04/1999 : Mme Chevrol. C'est une Française d'origine Algérienne diplômée dans son pays en médecine, qui a demandé en application des accords de Vichy à être inscrite à l'ordre des Médecins ; le CE a appliqué l'exception d'inexécution ; on attend la Cour EDH ; si le CE est contredit il y aura un revirement de la jurisprudence Française.

- Le traité doit être de nature à produire des effets de façon automatique (self executing). Par son contenu il doit pouvoir créer des droits au profit ou à l'encontre des particuliers en droit interne. Les règles posées peuvent parfois nécessiter des règles supplémentaires, en l'absence, le traité n'a pas d'effet direct. Les auteurs ont-ils entendu rendre ce traité « self executing » ? Il faut analyser au cas par cas.
  - o Certains sont manifestement pourvus d'effet direct.
  - o Certains sont manifestement dépourvus d'effet direct.
  - o Il y a une troisième catégorie intermédiaire.

Ex : L'un des pactes des NU dispose art 2 para 1 « Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à

prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur». Ca n'a pas d'effet direct ce qui explique la jurisprudence Française. Il n'est pas automatique.

Automatique : Pour la Convention EDH art 1 « reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ».

En matière de DLF la Convention des NU sur les droits de l'enfant. La position est simple pour la Cour de Cassation il n'y a pas d'effet direct (c'est constant depuis l'arrêt Civ 1<sup>ère</sup> 10/03/1993 Le jeune) ; pour le CE il a une position casuistique : ça dépend des articles.

Ex : art 3 para 1 de la Convention « L'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions juridiques et administratives ; l'État se doit d'établir des normes institutionnelles pour les soins et la protection des enfants ». Le CE a estimé que c'est d'effet direct CE 22 Septembre 1997 Mademoiselle Sinar : une femme Turque vit en France de façon régulière et ramène irrégulièrement sa fille de 4 ans dont le Préfet refuse son séjour et demande qu'elle soit éloignée ; le CE dit le contraire.

- 5<sup>ème</sup> condition : le traité doit être appliquée en faisant attention à d'éventuelles réserves d'interprétation. Lorsqu'un Etat se lie à un traité il a la possibilité d'émettre des réserves et de ne pas appliquer certaines mesures. Le juge interne doit en tenir compte. Ex : Arrêt Dubreuil Cour de Cassation Criminelle de 1994 ; la Convention des NU sur les droits de l'enfant est un texte où il y a une réserve pour protéger la législation interne sur l'avortement. Il y a parfois des restrictions sévères et problématiques.

Ex : les USA n'ont adhéré qu'en 1992 aux pactes sur les droits civils et politiques et il y a beaucoup de réserves, notamment sur l'article 6 du pacte sur le droit à la vie pour permettre de prononcer la peine de mort contre les mineurs « Les Etats-Unis se réservent le droit de condamner à mort pour crimes commis par des personnes de moins de 18 ans ».

Le traité pour primer doit réunir des conditions.

## **Section II : Les sources constitutionnelles :**

### **Paragraphe I : La signification du principe de constitutionnalité :**

Il faut s'y intéresser car les DLF ne peuvent être garantis que dans une démocratie Constitutionnelle ; c'est-à-dire un système qui combine le principe de majorité et de Constitution. La légitimité de la décision politique vient de la majorité et de sa conformité à la norme suprême. On est passé d'une démocratie majoritaire à une démocratie Constitutionnelle.

Question importante : tous les principes toutes les règles en matière de DLF sont-elles sur le même plan ou y a-t-il une hiérarchie ? Peut-on classer les DLF ? Pendant longtemps en France il y avait le postulat que la loi était compatible avec la liberté et le droit. Il a fallu sortir de ce légicentrisme. Aucune autorité ne doit échapper au droit.

Autre problème : il a fallu surmonter la difficulté de la valeur du préambule de la Constitution, est-ce symbolique ou est-ce du droit ? Si c'est du droit les textes auxquels il

renvoie ont aussi valeur Constitutionnelle ; ça a été un débat complexe. Quand on examine le bloc de Constitutionnalité on va voir une diversité ; on va être confronté à la différence suivante : ces dispositions nécessitent une interprétation par les juges Constitutionnel.

### **A) Distinction entre Etat légal et Etat de droit :**

Pour comprendre cette mutation qui s'est opérée il faut en passer par le rappel de la tradition du légicentrisme articulée autour du système représentatif. Nous n'avons pas abandonné cette logique, nous sommes dans des systèmes où les décisions sont prises par des représentants élus et légitimes.

#### **1) Système représentatif et légicentrisme :**

Pendant longtemps on a vécu sur ce postulat selon lequel il y avait identité entre ce que voulait les représentants et le peuple et pourtant cette logique d'identité pouvait se discuter dans la mesure où les représentants n'étaient pas libres, ils devaient respecter la Constitution. Les 1ers textes révolutionnaires nous montrent qu'il faut respecter la Constitution mais il n'y a pas de mécanisme de contrôle donc le législateur est devenu souverain.

Quand on examine les textes d'E. Sieyès dans son ouvrage « Qu'est-ce que le tiers Etat » de Janvier 1789 on voit qu'il distingue entre législateur de tous les jours (ordinaire) et législateur du dimanche (constituant). On est conscient des risques de confiscation du pouvoir par le Parlement ; Locke le disait ou Marat ou Robespierre ; il y avait un risque de passer d'un despotisme à l'autre « Perfide tranquillité du despotisme législatif ».

Dans la fin du 1<sup>er</sup> Titre de la Constitution de 1791 on trouve la phrase suivante « Le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre, et garantis par la Constitution ; mais comme la liberté ne consiste qu'à pouvoir faire tout ce qui ne nuit ni aux droits d'autrui, ni à la sûreté publique, la loi peut établir des peines contre les actes qui, attaquant ou la sûreté publique ou les droits d'autrui, seraient nuisibles à la société».

Il y a une interdiction formelle faite au législatif mais il n'y a pas de mécanismes de contrôle. S'il y a eu un légicentrisme c'est parce que l'on a vécu longtemps sur le postulat que la loi est libératrice donc le législateur ne pouvait pas être liberticide.

Un auteur a très bien décrit ce transfert : A. de Tocqueville « De l'ancien régime à la révolution » on a remplacé le Roi par la Loi, loi qui a un caractère intouchable. Il y a trois idées :

- La suprématie de la loi qui reflète la suprématie du Parlement, c'est la fonction noble de l'Etat à l'époque, les autres sont des tâches subalternes.
- L'exécutif : il ne fait que faciliter la mise en place de la loi ; elle est censée être parfaite, il n'y aurait plus qu'à appliquer.
- Le juge est le serviteur de la loi cela ressort des lois des 16 et 24 août 1790 ; il ne peut pas juger ou suspendre la loi sous peine de forfaiture.

En France c'est la séparation des pouvoirs qui est à l'origine de l'interdiction faite aux juges d'interférer. Dans la conception US qui s'imposera au début du XIX avec l'arrêt

Marbury c/ Madison de 1803 la loi doit être contrôlée car elle peut être liberticide. Là bas on met vite en place un contrôle de Constitutionnalité, en France de sera beaucoup plus tardif.

Le légicentrisme est un absolutisme de la loi selon R. Carré de Malberg au XXème il parle de la mystification en l'absence d'un contrôle du pouvoir législatif in n'a qu'un Etat législatif et pas un Etat de droit, pour lui « il faut un système de limitation des autorités administratives et des autorités législatives ». Il faut assujettir toutes les autorités publiques, tout ce qui manquait c'était un contrôle de la Constitution de la loi.

H. Kelsen a écrit un article important en 1928 où il explique de façon convaincante la logique de l'Etat de droit. Ca ne signifie pas pour autant qu'aucun auteur n'ait pensé un tel contrôle. Il y a eu une grande diversité de projet même sous la révolution même s'ils n'ont pas abouti. La meilleure solution pensait-on c'était l'auto contrôle du législatif. De Gaulle le 17/11/1948 a dit dans une conférence que la meilleure Cor Suprême c'est le peuple donc il n'y aurait pas besoin d'un organe de contrôle, quelle légitimité aurait-elle pu avoir ?

Dans l'histoire des jurisprudences il y a toujours eu un refus de contrôler. Le CE le 6/11/1936 le dit dans l'arrêt Arriyi et Dame Laurent on voit la différence avec la tradition US. La Constitution aurait été plus une idée qu'une norme. Il a fallu attendre l'instauration de juridictions Constitutionnelles pour voir qu'elle contient des principes et des lois. La suprématie de la Constitution avait seulement un caractère incantatoire G. Burdeau en 1956 a écrit un article « Une survivance : la notion de Constitution ».

Tout a changé quand on a pris au sérieux la Constitution ce qui a permis de passer à une démocratie.

## **2) La résurrection de la notion de constitution :**

En 1990 D. Rousseau a écrit un article très important « Une résurrection : la notion de Constitution ». Il y a eu une métamorphose ce qui a changé la manière d'enseigner le droit Constitutionnel. La Constitution devient un texte important qui constitue une charte des droits et libertés à respecter pour tous les organes y compris le législatif ; cette justice Constitutionnelle s'est faite en plusieurs vagues.

D'abord en Autriche avec H. Kelsen et la Haute Cour Constitutionnelle puis en Espagne et en Allemagne et après en France en 1958 et 1971 (véritable naissance). Comme l'a dit G. Vedel enfin on avait un gouvernement de la Constitution protectrice de la liberté contre la loi. Les Assemblées Parlementaires ne sont plus souveraines, elles sont contrôlées par les organes de la Constitution ; on a affecté la mutation d'un Etat légal à un Etat de droit qu'il faut parfaire.

Ca Change beaucoup les choses : 2 formules nous le montre :

- Un considérant du Conseil Constitutionnel dans son avis du 23/08/1985 sur la loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle Calédonie ; G. Vedel était rapporteur « Considérant que la loi n'exprime la volonté générale qu'au travers de la Constitution » ; on ne peut l'affirmer que si c'est conforme à la norme suprême : la Constitution.
- Au début de l'alternance en 1981 les partis de gauche voulaient nationaliser. Il y a eu des débats intenses notamment entre A. Laignel et Jean Foyer (grand civiliste qui a participé à la rédaction de la Constitution).

A. Laignel a dit « vous avez juridiquement tort car vous êtes politiquement minoritaire ». Cela démontre qu'il était dans la tradition légicentriste antérieure.

- L. Jospin 1<sup>er</sup> secrétaire du PS à l'époque « jamais les grands courants de réforme n'ont été arrêtés par aucune cour suprême ».

La démocratie liée à l'Etat de droit est une démocratie Constitutionnelle : forme dans laquelle où pour savoir si une décision est conforme il faut qu'elle soit :

- L'expression d'une vraie majorité.
- Que ce soit une décision conforme aux droits et libertés de la Constitution.

Avant ce qui importait c'était la majorité, aujourd'hui il faut l'exigence du respect de la

Constitution. La Constitution était la norme supérieure, le législateur est assujéti au respect de ces droits et garanties. On a un Etat de droit parfait quand tous les organes politiques et même le peuple sont respectueux et assujettis à la Constitution. Le peuple doit être assujéti à sa propre volonté (ex : dans le référendum). Pourtant en 1962 et 1992 le Conseil Constitutionnel s'est estimé incompétent pour contrôler une loi adoptée par référendum. C'est dangereux car le peuple peut voter des lois contraires à la liberté.

### **Paragraphe II : La valeur juridique du préambule de la Constitution :**

On va voir l'évolution qui s'est opérée et le débat qui a eu lieu. Contexte de départ : il était défavorable à la valeur Constitutionnelle du préambule ; le préambule est très bref, il réaffirme les droits de 1789 complétés par la Constitution de 1946 mais il n'y a pas de liste ; il y a un renvoi. Il n'y a pas de catalogue ordonné.

On est frappé dans les textes préparatoires de voir qu'on se défie du Gouvernement des juges alors qu'on le favorise. Les textes auxquels se référaient la Constitution étaient-ils de valeur Constitutionnelle. Le Conseil Constitutionnel peut-il s'appuyer dessus ? M. Debré comme d'autres auteurs estimaient qu'on devait contrôler la constitutionnalité externe des textes (règles de compétence et de procédure) alors que la constitutionnalité interne consiste à s'intéresser au fond et au texte.

On n'imaginait pas en 1958 que le Conseil Constitutionnel censurerait un texte sur la base de la DDHC de 1789 et des textes complémentaires. Ex : Le Commissaire du Gouvernement R. Jeanot a dit que les textes auxquels se réfère la Constitution ne sont pas de valeur Constitutionnelle, pour lui la Constitution est un texte politique et symbolique ; c'était des prescriptions non contraignantes.

Au départ il y a une très grande réticence mais le préambule en 1958 n'est pas exclu de la compétence du Conseil Constitutionnel, en plus l'article 1 est dans le préambule.

Le 19/06/1978 sur un traité communautaire le Conseil fait sa 1<sup>ère</sup> référence au préambule.

Le 16/07/1971 dans une décision concernant la liberté d'association on reconnaît la valeur du préambule. Pour reconnaître la liberté d'association il se base sur le texte de 1946 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

En 1973 le Conseil Constitutionnel s'appuie sur le principe d'égalité devant la loi de 1949



Le 15/01/1975 dans une décision sur l'IVG il se base sur le préambule de la Constitution de 1946.

Tous les textes du préambule vont être constitutionnalisés au fur et à mesure ; cela va éteindre le contentieux de 1958 donc tous les textes cités par la Constitution ont valeur constitutionnelle. C'est un débat qui est normalement passé mais ce n'est pas toujours vrai pour tout le monde ; chaque fois que le Conseil Constitutionnel s'exprime sur un sujet sensible la question ressurgit comme ce fût le cas en 1993 le 13/08 sur la loi « Pasqua ». Le législateur désavoué a obtenu sa revanche en modifiant la Constitution pour permettre à la loi de passer. On pensait même réviser la Constitution pour empêcher l'usage du préambule.

### **Paragraphe III : Les textes auxquels renvoie le préambule de la Constitution :**

Ils sont divers ; il y a un texte vieux de 2 siècles : la DDHC de 1789 et d'autres plus récents de 1946. C'est un peu décousu alors que dans d'autres Constitution on adopte tout en même temps ; le système Français pose des problèmes de hiérarchie.

L. Favoreu a été à l'origine d'une formule célèbre « Le bloc de constitutionnalité », c'est l'ensemble des normes de valeur Constitutionnelle. A partir de là il faut détailler, démembrer les différents textes :

1<sup>er</sup> élément : les principes et les DLF du texte Constitutionnel proprement dit. L'article 1 de la Constitution est capital, il énonce les caractères de la République Française « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. » Le noyau dur de la forme républicaine Française du Gouvernement est là avec tous les caractères. Autre grand article : l'article 66 « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi. » sur la sûreté individuelle et indique que représente l'autorité judiciaire ; cela implique de nombreuses choses.

2<sup>ème</sup> élément : les DLF de 1789. L'article 2 de la DDHC montre l'importance du principe de liberté individuelle ainsi que l'article 1 et l'article 4.

#### **Article 1er**

Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.

#### **Article 2**

Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.

#### **Article 4**

La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.

3<sup>ème</sup> élément : les principes économiques, sociaux et culturels de 1946 qui consistaient à actualiser. Ce texte s'adresse à des personnes diverses : individus, groupes d'individus ou entreprises et structures. Parmi ces principes on peut insister sur l'alinéa 1 du préambule de 1946

« Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. »

Quand on lit ce texte il s'explique par la période dont on sortait (idéologies...). On n'imaginait pas que le Conseil Constitutionnel en tirerait le principe de **la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation**; dans sa décision du 27/07/1994 sur les lois de bioéthique. Cela a surpris car un an avant un comité de juristes sous la présidence de G. Vedel a rendu un rapport pour dire comment améliorer la Constitution « Il faudrait une disposition, un article, un alinéa qui consacrerait le principe de dignité ». Le Conseil Constitutionnel a montré que c'était là alors qu'on croyait que l'alinéa 1 de 1946 n'était qu'historique, c'est un exemple remarquable de création prétorienne, le droit n'est rien sans interprétation.

4<sup>ème</sup> élément : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : on va voir comment ils sont dégagés ; c'est une interprétation prétorienne on a ajouté dans l'al 1 du préambule de 1946 « **et les principes fondamentaux** » la difficulté est que cette catégorie n'est pas explicitée ; il n'y a pas de liste. Il y a eût de brefs débats. Du côté du parti Démocrate Chrétien de l'époque on voulait consacrer la liberté d'enseignement indirectement alors que les autres partis y étaient hostiles. Il y avait aussi une volonté de combler un vide car entre 1789 et 1946, il y avait de grands principes dans cette période qu'il fallait reconnaître. Le Constituant en 1946 a prolongé l'œuvre législative de la III<sup>ème</sup> République avec la grande loi de 1844 sur les assurances sociales et le repos hebdomadaire; les conventions collectives et négociation de 1936.

Cette formule voulait montrer qu'il n'y avait pas un désert. En 1946 les auteurs ne pouvaient pas imaginer qu'un jour il y aurait un Conseil Constitutionnel. On n'imaginait pas la suite. En 1971 on a parlé de la liberté d'association que l'on a fondé sur les textes visés par le préambule et notamment les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Quels sont ces principes ? Ce sont ceux qui sont identifiés comme tel par le Conseil Constitutionnel. Il faut interroger la jurisprudence et regarder les critères utilisés. Le Conseil Constitutionnel a été amené à indiquer quels critères il faut utiliser pour les dégager.

Le 20/07/1988 dans sa décision sur la loi d'amnistie il a précisé que ces principes :

- sont de valeur Constitutionnelle
- sont contenus dans des lois de la république
- ce sont des principes qui sont suffisamment généraux pour dire qu'ils sont des principes,
- ce sont des lois à valeur constitutionnelle.
- il faut une constance, une répétition du principe, il faut que ça touche aux DLF.

Comment comprendre « loi de la république ».

- Lois prise dans une période de République.
- Ou lois d'esprit ou de facture républicaine.

Le Conseil Constitutionnel a considéré qu'il fallait des lois adoptées dans un régime Républicain.

Les lois en question sont adoptées avant 1946 le Constituant ne pouvant consacrer que ce qu'il connaissait. Voilà les critères.

Les principes étiquetés en tant que tels ; c'est une catégorie qui se raréfie ; les principes consacrés :

- La liberté d'association le 16/07/1971 avec l'interdiction d'un contrôle préventif y compris par le juge judiciaire sur les associations.
- Les droits de la défense :
  - o Le 2/12/1976 Prévention sur les accidents du Travail en matière pénale.
  - o Le 11/08/1963 : parmi ces droits il y a le droit à la présence d'un avocat au cours de la Garde à Vue.
  - o Le 28/07/1989 les droits de la défense impliquent une procédure juste et équitable.

Tout cela s'applique aux nationaux comme aux étrangers.

- Le principe de la liberté individuelle : 12/01/1970 à propos de la fouille des véhicules. Le Conseil s'est basé sur l'article 66 les articles 1 2 et 4 de 1789.
- La liberté de l'enseignement et de conscience le 23/11/1997 ce sont des principes fondamentaux et ils sont basés sur le préambule de 1946 et l'article 10 de 1789.
- L'indépendance de la juridiction administrative : décision du 22/07/1980. Dans le texte de la Constitution article 66 on proclame l'indépendance des juges judiciaires mais pas des administratifs donc le Conseil Constitutionnel s'est basé sur une loi de 1872 sur le CE pour le faire.
- Indépendance des professeurs d'université : 20/01/1984. C'est important par les implications qu'en tire le CE et le Conseil Constitutionnel à propos de l'évaluation des enseignants du supérieur. Il est possible de mettre en place une évaluation par les étudiants mais sans conséquence sur la carrière CE 13/02/1996 Gohin. On ne doit retenir que l'appréciation des pairs.
- La compétence exclusive du JA en matière d'annulation des actes de la puissance publique décisions du 23/01/1987 et 28/07/1989.
- La compétence du juge judiciaire en cas d'atteinte à la propriété privée immobilière 25/07/1989.
- Le dernier 29/08/2002 : loi d'orientation et de programmation de la justice. Le Conseil Constitutionnel a fait remarqué sur la base de plusieurs lois

qu'il y a deux principes : la responsabilité pénale doit être atténuée par l'âge. Le relèvement du mineur doit être recherché par des mesures éducatives adaptées à son âge et à sa personnalité. Par contre le Conseil Constitutionnel ne voit pas de tels principes qui interdisent de mettre en prison des mineurs de plus de 13 ans.

Le Conseil a été à de multiples reprises sollicité par les requérants pour reconnaître d'autres principes mais il a refusé pour tous :

- Le 20/07/1993 en se prononçant sur le code de la nationalité : il a refusé de reconnaître l'existence d'un principe fondamental qui permettrait aux étrangers nés en France de parents étrangers nés en France d'obtenir la nationalité automatiquement.
- Le 27/07/1994 sur la loi de bioéthique l'argumentation des requérants qui disaient qu'il y avait un droit à connaître l'ascendance génétique.
- Le 18/11/1997 il n'y a pas de droit pour toutes les familles à des allocations familiales. La loi à la base était conforme à la Convention EDH selon le CE.

Il y a des cas où le Conseil Constitutionnel se réfère à des principes sans préciser les textes  
auxquels il se rattache ex : continuité du SP.

Cette charte des Droits et libertés que le Conseil Constitutionnel fait apparaître et enrichie, cette catégorie est toujours en chantier c'est un écrit prétorien qui comporte une certaine ambivalence.

Il y a des jurisprudences Constitutionnelle où le juge Constitutionnel se réfère à des principes sous-jacent non écrits c'est frappant « principes structurels » avec la Cour Constitutionnelle Canadienne qui inspirent et nourrissent le texte Constitutionnel : fédéralisme, indépendance des juges....

Pareil chez les Suisses, le juge Suisse du Tribunal Fédéral de Lausanne en 1995 a fait apparaître un droit non écrit : droit à des conditions minimales d'existence. Ce droit a été inscrit depuis.

Hongrie notion de Constitution invisible rendue visible par le juge Constitutionnel.

### **Section III : Les sources jurisprudentielles :**

Le rôle du juge en DLF est capital ; voyons quelques observations de différents auteurs :

- Jean Paul Costa membre du CE qui a été président de la CADA (AAI) ; il a été juge au CE et depuis peu il a été élu à la Cour EDH où il est président de section. Faisons référence à un de ses articles sur « le juge et les libertés » dans la revue « pouvoir » de 1984. Il a dit que « les concepts qui nous sont familiers camouflent une interrogation fondamentale : le juge est-il habilité à juger les libertés ? Ne va-t-il pas y porter atteinte ? » Il s'inscrit dans le procès de légitimité fait aux juges. En conclusion il dit « Il suffit

d'imaginer ce que serait une société sans juges : jungle impitoyable ; pas plus que sur le pianiste il ne faut pas tirer sur le juge ». On a là deux grandes interrogations sur le juge.

- Elizabeth Zoller : professeur à l'université Paris II et spécialiste de la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis ; elle a écrit un ouvrage « Les grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis », dans l'avant propos de cet ouvrage elle dit « Il y a une montée en puissance du juge, une sacralisation, le succès de la technique juridique n'est qu'un élément d'un mouvement beaucoup plus profond qui modifie le fonctionnement juridique : le rapport entre l'opinion et le juge ». Le juge aurait acquis la légitimité, l'opinion a plus confiance en eux que dans les politiques.

### **Paragraphe I : La réalité de la fonction prétorienne :**

Si l'on s'en tient aux affirmations du courant formaliste classique : la jurisprudence n'est pas une source de droit du fait de l'article 5 du Code Civil et des lois des 16 et 24 août 1790. Pour R. Carré de Malberg c'est du droit d'espèce et pas plus ; pour lui le fait jurisprudentiel relève de la sociologie.

Pourtant selon l'école réaliste moderne représentée entre autre par M. Troper la jurisprudence est une source de droit. Il a écrit un article dans la revue Française de droit constitutionnel en 1990 « Justice Constitution et Démocratie ». En 1950 M. Waline avait déjà écrit un article sur la réalité du pouvoir prétorien « Le pouvoir normatif de la jurisprudence ». Il n'est pas dur de démontrer la réalité d'un pouvoir prétorien en DLF, on va le voir pour le Juge Administratif puis Constitutionnel et Européen ; même si on ne parlera pas du juge judiciaire il a tout de même un grand rôle en DLF.

#### **A) Le juge administratif et les DLF :**

2 références majeures :

- Jean Rivero : Dalloz 1951 article « Le juge administratif Français, un juge qui gouverne.
- Bruno Genevois : article dans la revue Française de droit administratif 2002 « Le CE et l'interprétation de la loi ». Il explique par quelle méthode le CE exerce sa fonction interprétative.

Voyons le recours aux PGD : c'est un exemple emblématique, c'est un ensemble de principes que

le CE puise dans la tradition juridique Française ; ils sont rattachés ou non à un texte. Ça lui permet de faire respecter le principe de légalité. Le début, le point de départ de cette pratique c'est la période du Gouvernement de Vichy puis on a formalisé cette conception à la libération.

Grâce aux PGD on pouvait dans une certaine mesure contrôler l'administration mais n'oublions pas que sous Vichy le CE a eu une attitude équivoque avec les lois d'exclusion, la discrimination raciale... Il y a peu le CE s'est repenti et a reconnu le 14/11/1997 qu'il n'avait pas assez lutté à cette époque. J. Massot a eu un discours inhabituel et a reconnu que le CE sous Vichy avait manqué d'audace jusqu'en 1942 avec l'adoption des textes les plus durs. Le CE a été un instrument de la xénophobie à l'époque. Le CE n'a pas osé aller contre le

pouvoir de Vichy de peur d'être supprimé. A la fin de cette journée J. Massot a été dévoué par une partie de ses collègues du CE.

Le CE continue à utiliser des PGD, comment a-t-il forgé ces instruments ? En 1944 a été rendu le 1<sup>er</sup> arrêt où on voit en filigrane ce principe, cet arrêt pose le principe d'égalité devant l'impôt 4/02/1944 Guieysse. Dans ses conclusions le commissaire du gouvernement Cherot, devenu Vice Président du CE par la suite, a déclaré « Il s'agit d'un des principes fondamentaux même s'il n'est inscrit dans aucun texte ».

Cet arrêt développe une solution déjà présente (l'utilisation des PGD) mais encore plus maquée dans l'arrêt 21/01/1944 Darmont sur les restrictions d'accès à l'enseignement pour les Juifs à l'époque. Le CE a proclamé dans cet arrêt l'égalité de tous face à la loi.

Le 5 Mai 1944 arrêt Dame Veuve Trompier Gravier avec les conclusions de B. Chenot : en l'espèce il s'agissait du retrait d'une autorisation d'exploitation pour un kiosque à journaux ; le CE consacre les droits de la défense.

CE Assemblée le 26 Octobre 1945 Aramu : conclusion de M. Odent ; cet arrêt concerne un problème de révocation d'un commissaire de Police sur une ordonnance de 1943 du Gouvernement « réel » qui s'opposait à celui de Vichy. C'était intéressant sur l'épuration de la fonction publique. En l'occurrence le gouvernement n'a pas respecté les règles de l'ordonnance de 1943 donc le CE n'avait qu'à se baser sur la forme pour tout annuler mais il a ajouté un « obiter dictum » « Il résulte de ces prescriptions ainsi que des PGD applicables... défense » .C'est la 1<sup>ère</sup> apparition des PGD.

CE Assemblée 7/02/1947 D'Aillers conclusion de M. Odent : c'était un problème de déchéance des Parlementaires ayant voté la loi du 10/07/1940 pour donner les pleins pouvoirs à Pétain, ils avaient été rendus inéligibles. Cette impossibilité pouvait être levée après avoir saisi le jury d'honneur (susceptible d'aucun recours), c'est une vraie juridiction administrative. « L'expression dont a usé le législateur ne peut être interprétée, en l'absence d'une volonté contraire, clairement manifestée par les auteurs de cette disposition, comme excluant le recours en cassation devant le Conseil d'Etat ».

CE Assemblée 17/02/1950 Dame Lamothe : Application d'une partie de la législation de Vichy sur la concession de terres incultes ou abandonnées, tout recours administratifs et judiciaires étaient exclus. Cette loi n'a pas pu exclure le REP ouvert même sans textes contre tout acte administratif ».

Depuis, le CE n'a cessé de créer des PGD comme par exemple le droit des étrangers en situation régulière de mener une vie familiale normale (droit au regroupement familial).

CE Assemblée 2/07/1993 Milhaud : médecin qui s'était livré à des expériences sur un patient dans le coma. Le CE a dégagé le PGD du respect de la dignité de la personne humaine.

9 Octobre 1996 Union CGT des affaires sociales et autre : PGD de l'indépendance des inspecteur du travail.

CE 18/02/1998 Section Locale du Pacifique Sud de l'ordre des médecins : PGD du libre choix de son médecin.

Les PGD ne sont pas les seuls moyens du CE

## **B) Le juge Constitutionnel et les DLF :**

Ca paraît plus naturel, plus facile. Ce juge exerce un contrôle de la Constitution de la loi. Quand il intervient quel est son rôle ? Est-ce un législateur positif ou négatif ? Pour Kelsen le juge Constitutionnel n'était qu'un législateur négatif il empêche l'application d'une loi contraire à la Constitution. Il ne participe pas à l'élaboration de la loi, il constate juste une incompétence par l'exercice d'une simple faculté d'empêcher mais il n'a pas la faculté de statuer.

C. Einsenmann avait écrit une thèse sur la Haute Cour Constitutionnelle Autrichienne. Dans le prolongement des thèses de Kelsen, Louis Favoreu et G. Vedel ont une théorie pour l'expliquer : la théorie de l'aiguillage.

Le contrôle de constitutionnalité : le juge ne se prononce pas sur le fond il indique juste au législateur qu'une mauvaise procédure a été utilisée. Cette loi aurait dû être adoptée par le Constituant, la disposition censurée a été prise par une autorité incompétente. Le juge Constitutionnel indique la procédure à utiliser.

L. Favoreu et G. Vedel explique qu'il est toujours possible de surmonter une décision d'inconstitutionnalité prononcée par le juge Constitutionnel. Le pouvoir du Conseil est encadré. On peut toujours donner le dernier mot au pouvoir de révision de la Constitution. G. Vedel dans un avant propos a écrit « si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le Souverain, à condition de paraître en majesté comme Constituant, peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts ». Ce vocabulaire est intéressant et accrédite l'idée que le juge Constitutionnel a un rôle modeste : il aiguille. Il dit comment mettre en œuvre une loi voulue par le politique. En réalité ces juridictions Constitutionnelle sont plus des législateurs positifs.

Il faut se référer à ce que l'on a dit sur les juges constitutionnels des différents pays où on voit que le juge est un juge qui indique au législateur de façon claire les adjonctions à opérer il participe à l'écriture même du texte législatif. Le Conseil Constitutionnel Français est dans cette mouvance.

Face à une loi problématique le Conseil Constitutionnel peut considérer que du fait de l'ambiguïté le texte est inconstitutionnel mais il utilise plutôt la technique de la conformité sous réserve. Ex : technique de l'interprétation constructive : le Conseil Constitutionnel ajoute à la loi ce qui lui manque pour être conforme, il réécrit.

Ex : 19 et 20 Janvier 1981 sur la loi sécurité et libertés, une disposition précisait que les détenus avaient une faculté de prévenir le procureur, le Conseil a dit que faculté devait devenir droit.

Comme en Italie, c'est une sentence additive, ce n'est qu'avec cet ajout que la loi est conforme. Ex 2 : 25/02/1992 sur la loi sur les zones de transit (rétention administrative) la loi de l'époque prévoyait qu'on pouvait retenir en rétention administrative les étrangers sans titre de séjour y compris les demandeurs d'asile.

Le Conseil Constitutionnel fait remarquer que les demandeurs d'asile ne peuvent être retenus que si leur demande est manifestement infondée. C'est une technique parmi d'autres comme l'interprétation directive ou neutralisante.

## **C) Le juge Européen et les DLF :**

On en a beaucoup parlé, il faudrait parler des juges Européen (Cour EDH et CJCE) ; la Cour de Strasbourg a développé une lecture prétorienne de la Convention EDH. On ne peut pas connaître ce texte en s'arrêtant à sa seule lecture : il faut connaître l'interprétation, c'est un écrit prétorien et il y a eu des interprétations surprenantes.

Exemple récent de ce dynamisme prétorien : 11/07/2002 Goodwin c/ RU et I c/ RU dans ces arrêts sur le transsexualisme la Cour de Strasbourg a dû se prononcer sur les articles 8 et 12 de la Convention : vie privée et mariage, il y a eu un revirement spectaculaire en indiquant que les Etats doivent reconnaître l'identité sexuelle que se donnaient les transsexuels.

La Cour de Strasbourg estime qu'il faut changer la définition du sexe, le critère biologique n'est plus suffisant il faut notamment le critère psychologique. Sur l'article 12 elle ajoute que alors que jusque-là le mariage était le traditionnel avec deux personnes de sexe biologique différent. Depuis que cet article a été écrit il y a eu des évolutions, donc on reconnaît le droit au mariage des transsexuels alors qu'en 1998 18 juges contre 2 avaient refusé dans l'affaire Sheffield c/ Horsham. Cette fois-ci à l'unanimité elle a dit le contraire. Le Professeur F. Rigaux a dit de cette Cour que c'est le Ministre du Sens.

Nous allons faire trois conclusions sur ce paragraphe :

- Rappel que le pouvoir normatif du juge en matière de DLF n'est pas forcément synonyme d'effectivité des DLF.
- L'ampleur de ce pouvoir normatif dépend du mode d'organisation de cette juridiction.
- L'activisme prétorien qui alimente la querelle sur le gouvernement des juges.

Remarques conclusives :

### **1) Le pouvoir normatif du juge en matière de DLF :**

Ce pouvoir n'est pas obligatoirement synonyme de garanties. A plusieurs reprises le juge ne s'est pas montré à la hauteur de sa mission (ex : régime de Vichy). On a vu des exemples de certains écarts avec la Cour Suprême des Etats-Unis : pendant longtemps elle a érigé les préjugés sociaux comme éléments constitutionnels :

- Arrêt Scott c/ Sanford 1857 qui refusait aux « noirs » la qualité de citoyens.
- 1896 Arrêt Plessy c/ Ferguson la Cour Suprême a admis que les Etats fédérés prévoient des services d'éducation différents selon les « races ».

Cette jurisprudence a changé tardivement en 1954 avec l'arrêt Brown. La Cour Suprême en développant cette jurisprudence s'inscrivait dans l'ère du temps.

### **2) L'ampleur du pouvoir prétorien :**

Elle dépend de la façon dont est organisée la justice ; ça varie selon les pouvoirs, la procédure, le mode de saisine ou de fonctionnement. On peut ici prendre l'exemple du Conseil Constitutionnel Français. Le Conseil parmi ses compétences dispose de celle de contrôler la constitutionnalité de la loi sur la base de l'article 61 ; ce n'est pas un contrôle obligatoire sauf pour les lois organiques.



Il n'y a pas de saisine automatique, le pourcentage de saisine est de 10% ce qui veut dire que dans les 90% restant qui entrent en vigueur il y a des dispositions anticonstitutionnelles, c'est une lacune criante. De plus le contrôle ne s'exerce qu'à priori et seules certaines institutions peuvent saisir le Conseil. Cela est préoccupant, ça s'explique dans des cas où certains parlementaires ne saisissent pas pour ne pas donner l'impression de paralyser l'activité du Gouvernement (ex : loi sur la sécurité quotidienne).

Autre élément : le contrôle de la loi va se faire par d'autres biais : le juge ordinaire qui concurrence le juge Constitutionnel.

Autre exemple de texte qui n'a pas été entièrement contrôlé : la loi Aubry du 4/07/2001 sur l'IVG ; cette loi modifie le délai légal de « l'avortement de détresse » pour le Conseil il n'y a là rien de contraire à la Constitution mais deux questions ont été occultées :

- La dérogation à l'autorité parentale.
- La stérilisation non volontaire des handicapés mentaux.

Nouvelle saisine : le Conseil l'a refusé. Les professeurs Mathieu et Verpeaux ont écrit un article

« Saisine sur saisine ne vaut : les insuffisances du contrôle de constitutionnalité à la Française » il y a un défaut sur le contrôle.

Quand on a à faire une comparaison au niveau Européen des juges constitutionnels : on se rend

compte que tous ne sont pas au même niveau ; ils n'ont pas les mêmes compétences ce qui explique que certains sont offensifs (le juge Allemand) et d'autres ne le sont pas assez.

### **3) L'activisme prétorien :**

Il soulève des vagues en doctrine et en politique avec le législateur quand il voit son œuvre

Désavouée, ça alimente une controverse sur la légitimité de ces juges : la fameuse controverse sur le « gouvernement des juges » : cette expression est apparue pour la première fois en 1921 avec E. Lambert « Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux US » ; cette œuvre traite de la Cour Suprême des Etats-Unis qui a fait obstacle à des lois sociales importantes au nom de la liberté des contrats.

Quelques années après aux US il y a eu une bataille politique et juridique entre Roosevelt et la Cour Suprême sur le programme interventionniste du « New deal ». La Cour Suprême a fait obstacle à cette législation. Le Président a menacé de passer par des amendements à la Constitution que la Cour Suprême a menacé supprimer ; puis la majorité de la Cour Suprême a changé donc, c'est passé.

Quel est le sens de cette expression ? Il y a gouvernement des juges lorsque le juge détermine librement l'étalon qui lui sert de référence (norme constitutionnelle) et son sens. Il y a aussi gouvernement des juges lorsqu'ils déterminent à partir de ses propres choix idéologiques ou éventuellement s'il le fait à partir d'une observation des évolutions sociales.

Cette controverse entre politiques et juges ressort souvent ; on l'a vu notamment dans une interview du juge Jean Pierre. Cette querelle est ancienne, il y a eu de nombreuses décisions assassines contre le Conseil par les politiques. Le politique crie au scandale lorsqu'il

est censuré. On retrouve l'opposition entre démocratie majoritaire et la démocratie juridique ou Constitutionnelle fondée sur l'Etat de droit.

Ex de critiques :

- 1970 F. Mitterrand.
- Dans le débat sur les nationalisations en 1981 1982 P. Joxe Premier président de la Cour des Comptes a l'époque était président du groupe parlementaire Socialiste à l'Assemblée Nationale il a déclaré « Les 9 sages sont les 15.000.000 de personnes qui ont voté pour F. Mitterrand ».

Les critiques ne sont pas le monopole d'un groupe politiques.

- Le 9/08/1986 A. Chalandon Ministre de la Justice a dit « Le pouvoir discrétionnaire du Conseil Constitutionnel est une anomalie ».
- Lionel Jospin en 1981 « Le Conseil Constitutionnel est à droite ».
- En 1993 grande bataille après la décision du 13/08/1993 sur la loi Pasqua, il y a eu une censure très sévère. A l'époque M. Pasqua a mal réagi « Le Conseil Constitutionnel ne cesse d'interpréter à sa manière... les réserves d'interprétation ne sont plus la démarche prévue en 1958 ; si ça continue on pourra fermer l'Assemblée Nationale et le Sénat.

En 1993 les politiques ont eu une revanche en révisant l'article 53 de la Constitution, c'était une jubilation du politique ; M. Y. Guena Sénateur de l'époque « Il est maintenant reconnu que la jurisprudence du Conseil Constitutionnel empiète abusivement sur la souveraineté du Parlement ».

- M. Pasqua, lors de cette révision « J'ai entendu certains d'entre vous faire référence... juriste, expert mais pouvoir Constituant vous êtes les représentants du peuple souverain » Coupure entre droit et politique.
- Le 19/11/1993 M. E. Balladur Premier Ministre attaque directement le Conseil Constitutionnel ce qui est rare de la part d'un premier Ministre « Depuis que le Conseil Constitutionnel a décidé d'étendre son contrôle au respect du préambule de la Constitution il vérifie ... avec des principes d'une époque différente de la nôtre ; certains pensent même qu'il les a créés lui-même ». Le Président du Conseil Constitutionnel de l'époque R. Badinter a répondu dans Le Monde du 23/11/1993 « Le pouvoir et le contre pouvoir ».

Voyons maintenant la légitimité de ce droit prétorien.

### **Paragraphe II : La légitimité du droit prétorien :**

Cette interrogation suppose un préalable ; qu'on est à faire à un véritable juge, il faut des conditions :

- Que ce juge ait la plénitude de ses compétences.
- Indépendant / exécutif.
- Impartial.
- Avoir les moyens matériels de l'exécution.

L'interrogation sur la légitimité du juge est ancienne on cite souvent Montesquieu dans son œuvre de 1748 « L'esprit des lois » il aborde la question du rôle des juges ce qui est normal car il l'était lui-même ; c'était un Magistrat et il a présidé le Parlement de Bordeaux.

Il se demande quel sera le rôle du juge. Dans son chapitre sur la démocratie en Angleterre. « La puissance de juger est en quelque sorte nulle, les juges sont la bouche de la loi ». On peut comprendre de deux façons cette chose :

- Soit on retient que les juges ne sont que des serviteurs de la loi.
- Soit on retient « loi » comme « loi fondamentale » et on comprend que là la puissance du juge est nulle car il ne peut que la rappeler.

Les révolutionnaires Français veulent rompre avec la justice d'ancien régime et il utilise la technique de l'élection des juges. On essaye de rechercher des fondements, des explications de cette légitimité. On va voir l'explication de la légitimité (A) puis que la fonction prétorienne est une herméneutique juridique (science de l'interprétation des textes) ; quelque soit ce que l'on retient il faut penser aux théories de l'interprétation.

### **A) Les explications de la légitimité :**

Il y a une grande diversité de point de vue.

#### **1) Thèse du positivisme juridique :**

Dans cette perspective on va s'interroger : qu'est ce que le droit ? C'est une norme, la signification d'un acte de volonté doté d'un effet prescriptif posé par une autorité compétente. On explique les normes existantes.

Parmi ces autorités, il y a le juge. Pourquoi interprète-t-il ? Car il y est habilité. La validité des jugements : peu importe dans ces conditions que le contenu de la décision soit en contradiction avec l'interprétation que l'on fait du texte ou la volonté de l'auteur ; l'essentiel est de savoir ici si le juge est habilité à interpréter. On ne s'intéresse pas au contenu de la décision.

Si on prend quelques hautes juridictions on trouve ces habilitations juridiques. Ex : la Cour EDH et la CJCE. La Convention EDH article 32 donne autorité à la Cour pour édifier un ordre juridique commun ; il faut lier cet article au préambule de la Convention adoptée pour préserver et faire fructifier un patrimoine Européen commun.

Pour la CJCE article 220 du TCE « La Cour de Justice assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité », il n'est pas besoin d'aller plus loin.

#### **2) La thèse du positivisme sociologique :**

Le postulat est différent : la règle de droit tire sa légitimité de sa conformité aux exigences de la conscience collective. La légitimité vient de ce que veut le peuple (on le détermine par : le suffrage, le sondage...) ; on appelle ça les expressions diverses de l'opinion publique. La mission du juge est d'être l'écoute de ces exigences ; le juge doit être fidèle à cette conscience collective et il doit traduire en droit. Il prend acte des évolutions sociales. Encore faut-il qu'on puisse savoir ce que veut la société.

Illustration : La Cour EDH semble correspondre à cette thèse. Quand la Cour parle de d'elle-même que dit-elle ? Le 25/04/1978 dans l'arrêt *Tyrer c/ RU* était posée une question sur l'article 3 de la Cour EDH « La fustigation prononcée par un tribunal de l'île de Guam n'est-elle pas une torture ou un traitement inhumain et dégradant ? » La Cour a déclaré cette pratique contraire à l'article 3. Paragraphe 31 : la Convention EDH est un instrument vivant qui doit s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui.

En 1979 arrêt *Marckx c/ Belgique* : la Cour élargit le principe du respect de la vie familiale, ça vaut pour la famille naturelle et légitime ; il ne faut pas voir la Convention comme un instrument figé.

F. Sudre : dans un livre sur la Cour EDH a dit que la Cour adaptait la convention en la préservant ainsi de tout anachronisme. Les préceptes changent avec le temps.

Le 1/02/2000 *Mazurek c/ France* sur les enfants adultérins traitement discriminatoire en matière de succession. Dans son arrêt la Cour EDH dit « l'institution de la famille n'est pas figée au plan historique sociologique ou juridique », la Cour précise que la notion ne peut plus être entendue comme auparavant (avant on ne reconnaissait que les effets dans le mariage et par le mariage depuis ça a évolué). La Cour EDH ne peut pas maintenir des interprétations qui ne peuvent plus être comprises ;

Dans l'arrêt *Goodwin* 11/07/2002 sur le transsexualisme, la Cour dit paragraphe 74 « Il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusoires. Si la Cour devait faillir à maintenir une approche dynamique et évolutive, pareille attitude risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration ».

D. Rousseau auteur sur le contentieux constitutionnel dans ses écrits il s'interroge sur la nature de la fonction prétorienne « Qu'est-ce que l'agir juridictionnel ». Il part de J. Habermas qui a écrit « Théorie de l'agir communicationnel ». Le point de départ de J. Habermas et donc de Dominique Rousseau ; ce sont des auteurs qui partent du principe qu'il n'y a pas de vérité transcendantale, la vérité est relative, elle se construit et peut changer. Pour J. Habermas un jugement est bon si c'est un débat sincère et transparent pour eux il y a une réalité procédurale.

Le juge est un acteur qui donne le sens d'une disposition, il n'est pas isolé de la société. C'est quelqu'un qui participe à une activité de production du sens par le débat, la confrontation... le juge est au bout d'une chaîne argumentative. Ce débat doit être clos et c'est le juge qui le fait en donnant ce sens.

Le sens auquel le juge aboutit peut être modifié car il est relatif ; il peut y avoir une nouvelle interprétation et lecture des principes. La vérité change et c'est ce qui permet aux Hommes d'accepter la légitimité du juge. Ce qui compte c'est que le débat ait été mené avec tous les acteurs dans la transparence... L'interprétation devient un acte collectif.

Ex de cette méthode : dans sa chronique à la RDP Dominique Rousseau fait le bilan de l'action du Conseil Constitutionnel sur 1994-1995 et il s'arrête sur l'arrêt du 19/01/1995 où le Conseil indique que « la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle ». Il y a des paramètres pour arriver à cela : quels sont-ils ?

- Les alinéas 10 et 11 du préambule de la Constitution de 1946.
- La jurisprudence du Conseil Constitutionnel de 1994.
- Le mouvement général de l'opinion : il observe que de 1990 à 1994 on a vu augmenter le nombre des exclus, occupation d'immeuble, ordonnance de 1945, ce thème fait parti du débat politique.

« Ni sourds ni aveugles les membres du Conseil ont enregistré cette concordance sociale prouvant ainsi que le Conseil n'est pas la juridiction d'un droit mort ».

Seul inconvénient la vérité est quelque chose de fuyant, il suffit que la société veuille quelque chose pour qu'on l'accepte. Ce n'est pas toujours conforme aux DLF : peut-on faire coïncider démocratie et l'Etat de droit ».

### **3) La thèse jus naturaliste :**

Ici ce qui donne la légitimité au juge c'est que les droits et libertés expriment un ordre objectif de valeur dont le juge doit être le garant. Ce sont des textes qui expriment un ordre objectif du monde. Le juge doit être le garant des valeurs qui fondent ces textes, de cette transcendance.

On est devant le concept de norme fondatrice, le constituant ne crée pas ces normes il reconnaît des valeurs préexistantes, les textes sont déclaratoires, on reconnaît un ordre invisible. Le juge va faire obstacle à des évolutions souhaitées par la société et c'est une position intenable.

Illustration de la difficulté de tenir cette position : arrêt du 31/07/2001 Refah Partisi et autres c/ Turquie ; cet arrêt concernait une dissolution de parti politique. C'est important car les membres du gouvernement Turc actuel sont issus de ce parti. Dans cet arrêt remis en cause, au paragraphe 71 la Cour confronte la compatibilité entre les principes d'un Etat Musulman et la Convention ; selon la Cour c'est incompatible et elle approuve la dissolution.

« A l'instar de la Cour constitutionnelle, la Cour reconnaît que la Charia, reflétant fidèlement les dogmes et les règles divines édictées par la religion, présente un caractère stable et invariable. Lui sont étrangers des principes tels que le pluralisme dans la participation politique ou l'évolution incessante des libertés publiques. ».

Il y a d'autres explications que les 3 précédentes. Ex : le juge Costa dans un article de la revue Pouvoir explique que pour les cours souveraines force est de constater qu'elles ont un pouvoir prétorien il dit « leur légitimité réside entièrement dans leur sagesse ».

Explication fonctionnelle : qu'est ce qui rend le juge légitime ? Le simple fait qu'il est nécessaire qu'il y ait un organe investi de la fonction de juger. M. Virally en 1960 a écrit « La pensée juridique » publié à la LGDJ. « Il n'est pas nécessaire qu'une norme ... cette création en aucune façon ne dérive, il s'agit d'une conséquence inhérente... revêt ». On ne peut pas avoir de juge sans fonction prétorienne ou pouvoir normatif reconnu à la jurisprudence. On se rabat sur une explication prosaïque

### **B) Les théories de l'interprétation :**

Point de départ : ne jamais oublier la différence entre un texte et une norme. Pour avoir accès à la

norme il faut interpréter le texte. La différence appelle une construction du sens propre à la fonction juridique. L'interprétation est toute fonction qui consiste à déterminer le sens d'un énoncé.

En général les textes juridiques sont marqués par une certaine indétermination. Ex : La Convention EDH article 8 « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale ». C'est vague : qu'est ce que la vie privée ? Il faut interpréter, idem pour l'article 8 de 1789. Avant de pouvoir appliquer une norme il faut la connaître ;

- La théorie classique ou cognitive de l'interprétation.
- La théorie réaliste et sceptique de l'interprétation.

**Classique ou formaliste :** Chaque texte a un seul sens qui préexiste à l'acte ; il suffit de le

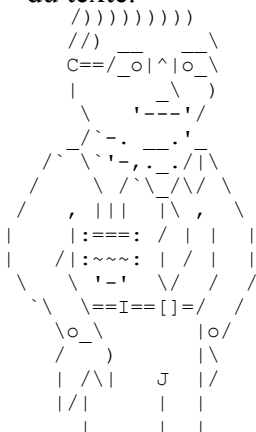
découvrir ; l'interprétation est soumise à ce sens. La fonction interprétative consiste à aller à la découverte du sens, c'est un processus déclaratif et non constitutif du sens. On prend les termes, sa structure, sa position, les travaux préparatoires, le critère téléologique : il y a un sens présent dans le texte et il faut le trouver ; c'est quelque chose de neutre.

**Variante :** le textualisme on s'en tient au texte ; on est le plus possible fidèle au sens du texte.

**Réaliste ou classique :** Le Professeur M. Troper est l'autorité en la matière. La disposition qu'il faut essayer de comprendre a une pluralité de signification et l'interprète est celui qui choisit l'une d'entre elle. H. Kelsen dans la théorie pure du droit a dit « Le sens n'est pas univoque, le choix qu'il va faire relève d'une volonté libre et arbitraire ». L'acte n'est pas neutre, il est constitutif du sens, on ne connaît la norme que quand elle a été dégagée, la norme n'est qu'un ensemble simple de mots en attente de normativité.

L'auteur de la norme c'est ici l'interprète, les interprètes autorisés ce sont les juges. Il ne peut y avoir de jurisprudence contra legem. Le juge constitutionnel est au moins le co-législateur ou co-constituant. C'est très tentant comme théorie : il faut nuancer, il va s'efforcer de présenter le sens qu'il dégage comme étant le sens objectif du texte.

Autre auteur : P. Wachsmann a écrit un article dans la revue droit aux PUF. Dans cet article il se réfère à un non juriste, un linguiste : E. Eco universitaire italien, romancier et humoriste qui a écrit « Les limites de l'interprétation » dans l'introduction il écrit « En somme dire qu'un texte est potentiellement sans fin ne veut pas dire qu'on peut lui donner un sens inacceptable cela signifie que l'interprète doit dégager le droit du texte ». En matière d'interprétation on est sans arrêt devant une oscillation entre initiative de l'interprète et droits du texte.



---

☺ FIN DU COURS DU 1<sup>er</sup> SEMESTRE ☺

---

